

LA LOI N° 2015-990 DU 6 AOÛT 2015 POUR LA CROISSANCE, L'ACTIVITÉ ET L'ÉGALITÉ DES CHANCES ÉCONOMIQUES

114A2

H. LE NABASQUE Propos introductif	p. 519
R. DAMMANN ET F.-X. LUCAS Le nouveau dispositif de dilution ou d'éviction de l'associé qui ne finance pas le plan redressement de la société	p. 521
I. PARACHKÉVOVA L'augmentation de capital forcée dans la loi <i>Macron</i>	p. 529
H. HOVASSE La réforme des sociétés d'exercice des professions juridiques et judiciaires	p. 535
B. SAINTOURENS Les droits des salariés à l'égard de la société après la loi <i>Macron</i>	p. 541
B. DONDERO La loi <i>Macron</i> : autres mesures de droit des sociétés	p. 546
C. NOUEL La loi <i>Macron</i> assouplit les régimes des impatriés et des réductions d'impôt ISF-PME et « Madelin »	p. 551

Propos introductif

114d5

Hervé LE NABASQUE

Professeur à l'école de droit de la Sorbonne (Paris 1)

Décidément, l'été inspire notre législateur. Comme ce fut le cas en 2014, l'été 2015 lui a offert l'occasion de réformer – notamment – certaines dispositions intéressantes, directement ou indirectement, le droit des sociétés. La loi n° 2015-990 du 6 août 2015 « pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques », plus connue sous le nom de loi *Macron*, retiendra seule ici l'attention. Elle a toutefois été complétée depuis par la loi *Rebsamen* du 17 août 2015 relative « au dialogue social et à l'emploi », laquelle a renforcé, assez substantiellement, la représentation obligatoire des salariés dans les conseils d'administration ou de surveillance des « grandes » sociétés anonymes ou en commandite par actions ; et, plus récemment encore, par l'ordonnance n° 2015-1127 du 10 septembre 2015, annoncée par la loi n° 2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la « simplification de la vie des entreprises » qui, contre l'avis d'une doctrine autorisée, a réduit le nombre minimum d'actionnaires d'une société anonyme dont les titres ne sont pas admis aux négociations sur un marché réglementé de sept à deux, quoique les règles de gouvernance applicables à ces sociétés n'aient, elles, pas été modifiées. La loi *Macron* ayant été publiée au *Journal officiel* le 7 août 2015, une grande partie

des mesures qu'elle contient sont déjà applicables. Seules les mesures pour lesquelles la loi a appelé à des décrets d'application entreront en vigueur au fil de l'eau, avant la fin de l'année 2015, ou courant 2016. L'ensemble formant un tout relativement disparate, même dans les rapports qu'il entretient avec le droit des sociétés, il n'est pas aisé d'y découvrir des lignes de force et, donc, un plan.

I. Trois mesures, pourtant, ont attiré l'attention de la presse et des médias, et retiendront celle du juriste. La première intéresse le droit des sociétés en difficultés. On sait, en effet, que l'article 238 de la loi ouvre désormais au tribunal de commerce la possibilité d'imposer, dans des conditions dont les professeurs Irina Parachkévova et François-Xavier Lucas ainsi que Maître Reinhard Dammann nous diront si elles sont aussi strictement encadrées par le Code de commerce qu'on le dit aujourd'hui, la réalisation d'une augmentation de capital (ce que l'on appelle aujourd'hui « l'augmentation de capital forcée »), voire la « cession forcée » des actions détenues par ceux des actionnaires d'une société en redressement judiciaire qui refuseraient de voter la « modification » de capital (selon les termes de la loi) prévue par le plan de redressement et nécessaire à son exécution.

La seconde porte réforme des sociétés d'exercice des professions réglementées et, parmi elles, des professions juridiques ou judiciaires (que le professeur Henri Hovasse commentera), si décriée par certains et, notamment, par les notaires.

La troisième touche aux droits des salariés dans leurs rapports avec ce que la loi a tendance aujourd'hui à qualifier « leur » société. On songe, évidemment, à la réforme de l'information qui leur est due, depuis la loi *Hamon* du 31 juillet 2014, en cas de cession de « leur » entreprise. Pour l'essentiel, la loi *Macron* a ici agi sur trois fronts. Elle a remplacé le terme « cession », inadapté parce que trop large, par celui de « vente », indiscutablement plus clair et plus étroit ; substitué à la sanction de la nullité (jugée inconstitutionnelle par le Conseil constitutionnel le 17 juillet 2015) celle de l'amende civile, dont le succès est décidément grandissant, mais dont le montant ne pourra excéder 2 % du « montant de la vente » ; enfin, lorsque l'information est délivrée par lettre recommandée avec accusé de réception, comme il est fréquent en pratique, le délai de deux mois commencera à courir, non plus du jour de sa remise effective, laquelle pouvait dépendre du bon vouloir du salarié, mais du jour de sa première présentation, ce qui permettra aux conseils des cédant et cessionnaire d'y voir un peu plus clair quant au point de départ du délai de deux mois. Cet iceberg, même s'il est destiné à fondre progressivement (ainsi que le démontre le professeur Bernard Saintourens), ne saurait toutefois cacher d'autres réformes qui, pour intéresser les salariés, concernent aussi les dirigeants : celle des actions gratuites, en premier lieu, pour lesquelles la période dite d'acquisition est réduite de deux ans à un an minimum, alors que la durée cumulée de la période d'acquisition et de la période de conservation est ramenée de quatre ans à deux ans (minimum). Surtout, les gains de leur revente seront désormais imposés selon le régime des plus-values, et non plus dans la catégorie des traitements et salaires, ce qui, sans doute, est de nature à redorer le blason d'un mécanisme qui tombait progressivement en désuétude. Celle des BSPCE, en second lieu, dont le régime a été, lui aussi, assoupli.

II. Les autres mesures dues à la loi de réforme (dans les rapports qu'elle entretient avec le droit des sociétés) sont plus hétérogènes. Certaines ont une connotation clairement fiscale, même si quelques-unes d'entre elles prolongent les réformes précédentes (modification du régime fiscal applicable aux BSPCE, par exemple, ou aux actions gratuites), alors que d'autres intro-

duisent – enfin – un régime spécifique d'imposition des salariés « impatriés » : toutes mesures que Maître Christian Nouel commentera. D'autres dispositions forment ce que l'on pourrait appeler « les autres aspects de droit des sociétés de la loi *Macron* », parmi lesquels se glissent quelques réformes importantes, que le professeur Bruno Dondero exposera. La première d'entre elles intéresse, ainsi que l'on s'y attendait, le régime applicable aux retraites chapeau, désormais éligibles à la procédure de contrôle des conventions réglementées et au respect de « conditions de performance du bénéficiaire, appréciées au regard de celles de l'entreprise », selon la formule applicable aux indemnités de départ (le conseil d'administration ou le conseil de surveillance vérifiera chaque année le respect des dites conditions et déterminera le montant des droits conditionnels qui en résultent). La seconde intéresse, de nouveau, les « cumuls de mandats » puisqu'un directeur général, un membre du directoire ou un directeur général unique de société anonyme « cotée » ne pourra désormais exercer, outre son mandat exécutif, que deux mandats d'administrateur ou de membre du conseil de surveillance dans des sociétés également « cotées » mais extérieures au groupe (article 211 de la loi, qui n'entrera en vigueur que dans un an, décompté du jour de la promulgation de la loi, soit le 7 août 2016). La troisième, et dernière, réduit – encore – le champ d'application du monopole bancaire, puisque l'article 167 de la loi *Macron* autorise désormais les sociétés par actions et les SARL à accorder des prêts à moins de deux ans à d'autres entreprises (micro-entreprises, PME ou ETI) dès lors qu'elles entretiennent avec elles des liens économiques « le justifiant » (soit, donc, l'aménagement d'un nouveau régime de prêts intra-entreprises).

Le tout résonne comme un ensemble passablement disparate, où se mêlent de nouveau, comme souvent en France : réglementation contraignante (sur la question des retraites-chapeau, par exemple, ou des cumuls de mandats), pragmatisme (sur la question de l'information des salariés en cas de cession de « leur » entreprise ou des augmentations de capital des sociétés en redressement judiciaire), mais libéralisme également (sur la réforme des actions gratuites et des BSPCE, ou les prêts intra-entreprises). Ce n'est pourtant ni aujourd'hui, ni demain, mais peut-être « un jour », que l'on aura le plaisir de commenter la grande réforme du droit des sociétés dont il aurait besoin, fût-ce pour le simplifier au nom de la croissance, de l'activité et de l'égalité des chances économiques.

Le nouveau dispositif de dilution ou d'éviction de l'associé qui ne finance pas le plan redressement de la société ^{114c4}

Reinhard DAMMANN

Avocat associé, Clifford Chance

Chargé de cours à Sciences Po

François-Xavier Lucas

Professeur à l'école de droit de la Sorbonne (Paris 1)

La loi n° 2015-990 du 6 août 2015, dite loi *Macron*, introduit un dispositif permettant à une personne prenant l'engagement d'exécuter un plan de redressement de prendre le contrôle de la société soumise à la procédure de redressement judiciaire. Passant par la dilution de la participation voire l'exclusion pure et simple des associés qui refusent de voter la modification du capital prévue par le plan, cette nouvelle disposition renforce l'efficacité des dispositifs de restructuration et modifie, au détriment des associés, les rapports de force au cours des négociations.

Le nouvel article L. 631-19-2 du Code de commerce, issu de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015, écrit le second chapitre d'un feuillet qui a débuté avec l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 lorsqu'elle s'était préoccupée d'introduire dans notre code un dispositif permettant de forcer la main de l'associé d'une société en redressement judiciaire, qui usait de sa minorité de blocage ou d'une majorité pour empêcher le vote d'une augmentation de capital pourtant nécessaire au sauvetage de la société. Visant à mettre cet associé face à l'alternative de financer la restructuration ou bien d'accepter d'être dilué¹ voire exclu de la société, l'ordonnance n'avait pas été jusqu'à admettre qu'on puisse procéder à une exclusion. Impressionnés par les réserves qu'avait à l'époque exprimées le Conseil d'État à propos de l'idée que l'on puisse évincer un actionnaire d'une société en redressement judiciaire au motif qu'il n'offre pas à l'entreprise les moyens de financer sa restructuration, les rédacteurs de l'ordonnance n'étaient pas allés aussi loin et ils s'étaient bornés à introduire un article L. 631-9-1, selon lequel, si les capitaux propres n'ont pas été reconstitués dans les conditions prévues par l'article L. 626-3, l'administrateur a qualité pour demander la désignation d'un mandataire en justice chargé de convoquer l'assemblée compétente et de procéder à un vote quant à la reconstitution du capital, à hauteur du minimum prévu au même article, à la place du ou des associés ou actionnaires opposants lorsque le projet de plan prévoit une modification du capital en faveur d'une ou plusieurs personnes qui s'engagent à respecter le plan.

La loi du 6 août 2015 va bien au-delà de cet expédient imaginé en 2014, qui présentait l'inconvénient de ne permettre de forcer la main des associés récalcitrants que dans le cas d'une absence de reconstitution des capitaux propres (avec la difficulté, non résolue à ce jour, de savoir dans quelle mesure cette reconstitution est obligatoire une fois la procédure ouverte²). Le nouveau dispositif est autrement plus spectaculaire puisqu'il permet d'imposer la dilution voire l'exclusion pure et simple d'actionnaires qui refusent de voter la modification du capital prévue par le plan de redressement en vue de restructurer la société (cette disposition n'étant pas applicable lorsque le débiteur exerce une activité professionnelle libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire). Certains applaudiront cette audace, qui offre aux tribunaux de commerce et aux professionnels chargés de concevoir des plans de redressement un outil efficace pour surmonter l'obstruction d'associés peu coopératifs. D'autres regretteront que le législateur s'arrête en si bon chemin et continue de camper sur une distinction entre l'actionnaire, dont le sacro-saint droit de propriété doit être protégé même si son vote est contraire à l'intérêt de la société mais aussi à celui de ses créanciers, de ses partenaires, de ses salariés, etc., et le créancier que l'on n'a traditionnellement aucun état d'âme à sacrifier sur l'autel du sauvetage de l'entreprise. En effet, comment ne pas relever que personne ne s'émue de la possibilité d'imposer à un créancier minoritaire dans le cadre d'un plan de sauvegarde, élaboré en comité, un abandon total de sa créance pour sauver l'entreprise, ce qui aboutit à « l'exproprier » de sa créance sans aucune

¹ Nous utiliserons ci-après cette formule « dilution de l'actionnaire » en dépit de son caractère approximatif. En effet, à proprement parler, ce n'est pas l'actionnaire qui est dilué mais sa participation au capital social.

² Sur le sujet, v. F.-X. Lucas, « L'ordonnance du 12 mars 2014 et le droit des sociétés » : BJS juin 2014, p. 403, n° 112b3.

indemnité³. Ce peu de considération manifestée au créancier à l'occasion de la procédure collective rend difficile à comprendre les hésitations à admettre que l'on puisse imposer une cession des titres de l'associé dans le cadre d'un plan de sauvegarde.

Si la loi *Macron* prévoit une telle possibilité de cession forcée de titres, c'est au prix d'un luxe de précautions. D'abord, ce dispositif s'applique uniquement dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire, et non en sauvegarde. Ensuite, il est assorti de strictes conditions de mise en œuvre permettant de pronostiquer que son usage demeurera exceptionnel. À titre de comparaison, la récente réforme du droit allemand prévoit la possibilité de vaincre la résistance des actionnaires à la condition unique et suffisante que le plan de restructuration, accepté par la majorité des classes de créanciers, leur réserve un sort meilleur que celui qui aurait été le leur à l'occasion d'une liquidation judiciaire, ce qui constitue une solution autrement audacieuse.

Le manque d'audace du droit français en la matière trouverait sa justification dans les égards dus au droit de propriété, vu comme un droit fondamental de valeur constitutionnelle, auquel le législateur ne peut porter que des atteintes mesurées et proportionnées au but à atteindre. Pourtant, l'objection n'a sans doute pas la portée qu'on a cru devoir lui prêter. Il suffit pour s'en convaincre d'examiner la décision du Conseil constitutionnel du 5 août 2015⁴, dont il résulte qu'une « cession forcée » et une « dilution forcée » ne portent pas une atteinte manifestement disproportionnée au droit de propriété des associés et des actionnaires (I) si un tel dispositif est entouré de conditions d'application strictes et de garanties appropriées (II), ce qui laisse entrevoir un possible assouplissement de ce dispositif introduit par la loi *Macron* ne serait-ce que pour réaliser cette harmonisation du droit matériel des procédures collectives que la Commission européenne appelle de ses vœux (III).

I. Le feu vert du Conseil constitutionnel

Le Conseil constitutionnel a affirmé la conformité aux droits fondamentaux de ce nouveau dispositif de dilution ou d'exclusion de l'associé qui ne finance pas le

redressement de la société en difficulté au motif qu'il ne visait qu'à encourager la poursuite d'activité des entreprises et qu'il poursuivait ainsi un objectif d'intérêt général. La fin étant pure, c'est à la lumière de cette bienveillante appréciation que la conformité à la constitution devait être examinée. Mais le *nihil obstat* a aussi et surtout été délivré sur la foi du rappel des conditions strictes restreignant l'application du nouveau texte (v. *infra* II), que la haute juridiction a regardées comme autant de garanties accordées à l'associé et partant de limites à la gravité de l'atteinte à son droit de propriété.

S'agissant de la dilution, le Conseil constitutionnel insiste sur le fait que, lorsque le tribunal ordonne de procéder à une augmentation de capital, sont seuls exclus du vote portant sur l'augmentation de capital les associés ou actionnaires ayant refusé la modification du capital. Par ailleurs, le texte offre la possibilité pour les actionnaires, y compris ceux ayant refusé la modification de capital, de souscrire à l'augmentation de capital en numéraire, le dispositif préservant ainsi le droit préférentiel de souscription des associés, ce qui limite incontestablement la gravité de l'atteinte portée à leurs droits.

S'agissant du mécanisme de cession forcée des titres des associés ou actionnaires récalcitrants, le Conseil constitutionnel souligne que seuls en font les frais ceux qui ont refusé la modification du capital et qui détiennent, directement ou indirectement, une fraction du capital leur conférant une majorité des droits de vote ou une minorité de blocage dans les assemblées générales de la société ou qui y disposent seuls de la majorité des droits de vote en application d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires, non contraire à l'intérêt de la société⁵. Il relève également qu'en l'absence d'accord sur la valeur des droits des associés ou actionnaires en cas de cession, cette valeur est déterminée par un expert désigné par le tribunal. On peine à voir quelle peut bien être la portée de ces propositions s'agissant d'affirmer la conformité à la Constitution du texte examiné. Que les actionnaires expropriés soient indemnisés et perçoivent la valeur des parts ou actions dont la propriété leur est retirée, c'est bien le minimum et que cette indemnisation soit chiffrée par un expert, rien de plus normal puisque c'est le seul mode d'évaluation des droits sociaux litigieux que connaît notre droit lorsqu'il s'agit d'en définir le prix en l'absence d'accord entre les parties. Mais on ne voit pas en quoi cette circonstance permet d'affirmer que la disposition querellée ne heurte pas le caractère fondamental du droit de propriété. La haute juridiction n'en conclut pas moins

3 Avec pour seul recours une contestation du bien-fondé du plan de sauvegarde mais avec des chances de succès bien minces. Pour une illustration, voir l'affaire *Thomson-Technicolor* : CA Versailles, 13^e ch., 18 nov. 2010, n° 10/01433 : D. 2010, p. 2767, obs. A. Lienhard ; Rev. sociétés 2011, p. 239, note B. Grelon ; BJS janv. 2011, p. 31, n° 9, note N. Borgia ; BJE mars 2011, p. 14, n° 2, note P. Roussel Galle – Cass. com., 21 févr. 2012, n° 11-11693 : Bull. civ. IV, n° 45 ; BJS mai 2012, p. 426, n° 218, note N. Borgia ; D. 2012, p. 606, obs. A. Lienhard ; Rev. sociétés 2012, p. 450, note B. Grelon ; JCP E 2012, 1227, spéc. n° 3, obs. P. Pétel ; *ibid* 1228, note T. Bonneau.

4 Cons. const., 5 août 2015, n° 2015-715 DC, spéc. consid. n° 142 et s. : D. 2015, p. 1693.

5 Incidemment le Conseil valide aussi les conventions de vote si elles sont dans l'intérêt de la société.

que « dans ces conditions, les deux dispositifs de “dilution forcée” et de “cession forcée” institués par le législateur, qui contribuent par ailleurs à préserver les droits des créanciers de l'entreprise, ne portent pas une atteinte manifestement disproportionnée au droit de propriété des associés et actionnaires ». On peut être d'avis que l'argument tiré de l'atteinte au droit de propriété des actionnaires méritait mieux que cette succession de considérants ne reposant sur aucune démonstration et se bornant à asséner que la disposition était pure au regard des exigences constitutionnelles. Mais on peut aussi considérer que le Conseil constitutionnel n'a pas souhaité analyser en détail ni le champ d'application restrictif du dispositif, ni les différentes mesures protectrices en faveur des associés et actionnaires ainsi exclus de leur société à titre de sanction de leur refus de rendre possible la restructuration de la société. C'est une décision *a minima* qui se borne à affirmer que l'ensemble du dispositif ainsi consacré ne porte pas une atteinte manifestement disproportionnée au droit de propriété. Peu importe au demeurant car le véritable apport de cette décision est ailleurs. Le Conseil constitutionnel considère en effet que « les deux dispositifs de “dilution forcée” et de “cession forcée” contribuent à « préserver les droits des créanciers de l'entreprise ». Il convient de bien mesurer la portée d'une telle affirmation de principe par laquelle le Conseil insiste sur la seule véritable justification des dispositifs de dilution et de cession forcée, tirée de ce que, sans cela, le gage commun des créanciers risque d'être affecté et partant les créanciers ruinés par la défaillance de la société que la procédure collective n'aura pas su éviter. Autrement dit, dans l'intérêt de l'entreprise, de ses créanciers et de ses salariés, le législateur se doit d'offrir le moyen de surmonter la résistance des actionnaires qui, le plus souvent auront perdu leur mise, puisque les capitaux propres seront devenus négatifs, mais n'en refuseront pas moins de participer à un plan de sauvetage pour la société qui aura pourtant été voté à la majorité qualifiée par les comités de créanciers et dont le caractère équitable aura été établi par la décision de justice ayant arrêté le plan voté par lesdits comités. Dans une telle situation, le refus des associés d'accepter un coup d'accordéon ou une cession de leurs titres pour un prix symbolique peut être regardé comme un abus de droit que la protection constitutionnelle du droit de propriété ne saurait justifier. Mais on peut aussi être d'avis que le dispositif, tel qu'il résulte de la formulation finalement votée, présente le défaut de ne pas suffisamment justifier l'éviction des associés par leur obligation de contribuer aux pertes. Or, là, réside pourtant la considération décisive, de sorte qu'il est difficile d'admettre une telle élimination des associés d'une société en difficultés sans se référer d'une façon

ou d'une autre au constat que ses capitaux propres ont été consommés et, comme c'est le cas lorsqu'un coup d'accordéon se réalise⁶, que c'est au titre de leur contribution aux pertes que les associés sont évincés ou voient leur participation diluée.

Quoi qu'il en soit, force est de constater que le pari de mettre en place une éviction des actionnaires non coopératifs à l'occasion de l'arrêt d'un plan de redressement a été gagné et que cette violence faite aux associés dans le but de renforcer l'efficacité des plans de redressement a été entourée de conditions et de garanties telles que le Conseil constitutionnel n'y a rien trouvé à redire. Désormais, dans les procédures de redressement judiciaire ouvertes à compter du 7 août 2015, date de publication de la loi, il va être possible de placer l'actionnaire face à l'alternative de financer un plan sérieux ou de permettre la prise de contrôle de la société par un nouvel associé capable (et qui accepte) de la financer.

II. Les strictes conditions d'application du dispositif

Comme l'a relevé le Conseil constitutionnel pour y trouver un motif d'affirmer sa conformité à la Constitution, les conditions d'application du nouveau dispositif sont strictes et il ne devrait qu'exceptionnellement être mis en œuvre.

D'abord, il y a lieu d'insister sur le fait qu'il ne s'applique que dans le cadre du redressement judiciaire. *A priori*, il semble logique de ne pas appliquer un tel dispositif à une procédure de sauvegarde. L'expropriation des associés d'une société qui n'a pas cessé ses paiements ne semble pas justifiée, sans compter que le choix inverse aurait rendu la sauvegarde particulièrement inquiétante avec le risque de la transformer en épouvantail pour l'actionnaire exposé à une éviction. Cela étant, ce jugement mérite d'être nuancé. Il existe en effet une « passerelle » entre la procédure de sauvegarde et celle de redressement judiciaire lorsqu'il est manifestement impossible d'arrêter un plan de sauvegarde et qu'il apparaît clairement qu'une clôture conduirait, de manière certaine et à bref délai, à la cessation des paiements. Dans une telle situation, la procédure de sauvegarde peut être convertie en redressement judiciaire à la demande du débiteur, de l'administrateur, du mandataire judiciaire ou du ministère public, en application de l'article L. 622-10, alinéa 3, du Code de commerce. Une épée de Damoclès se trouve suspendue au-dessus de

⁶ Cass. com., 17 mai 1994, n° 91-21364, Usinor : Bull. civ. IV, n° 183 ; Dr. sociétés 1994, comm. n° 142, obs. H. Le Nabasque ; BJS juill. 1994, p. 816, n° 219, note J.-J. Daigre ; RJDA 1994, p. 740, n° 934 ; Defrénois 15 août 1994, p. 1035, n° 35881, note H. Hovasse ; Rev. sociétés 1994, p. 485, note S. Dana-Demaret ; RTD com. 1996, p. 73, note Y. Reinhard.

la tête du débiteur, spectre d'autant plus inquiétant que les discussions avec ses créanciers tomberont dans une impasse. On voit ainsi que la simple perspective de cette éviction de l'actionnaire récalcitrant pourra constituer, dès le stade de la procédure de sauvegarde, une menace de nature à favoriser le déroulement des négociations, sans qu'il faille effectivement convertir la procédure de sauvegarde en redressement judiciaire, au risque d'amoindrir encore les chances de survie de l'entreprise.

Plus fondamentalement, on peut se demander s'il est vraiment pertinent d'opposer sauvegarde et redressement judiciaire et d'ériger ainsi la cessation des paiements en critère de déclenchement du dispositif d'éviction de l'actionnaire. Tous les doutes sont permis à cet égard car ce qui compte à vrai dire, ce n'est pas que la société ait ou non cessé ses paiements mais qu'elle ait consommé ses capitaux propres. Tant que ceux-ci demeurent positifs, il n'y a aucune raison d'exclure un associé, peu important que la question se pose en sauvegarde ou en redressement judiciaire. On ne redira jamais assez que l'exclusion dont il s'agit n'est que la conséquence de l'obligation de contribuer aux pertes qui pèse sur tout associé, en vertu de l'article 1832, alinéa 3, du Code civil, associé que l'on évince pour la raison jugée suffisante que son apport a été consommé et qu'il n'en reste rien puisque la société n'a plus de capitaux propres.

Une autre restriction importante à l'application du nouveau dispositif d'éviction de l'associé tient à ce qu'il ne s'appliquera que lorsque sera en cause la cessation d'activité d'une entreprise d'au moins 150 salariés ou constituant, au sens de l'article L. 2331-1 du Code du travail, une entreprise dominante d'une ou de plusieurs entreprises dont l'effectif total est d'au moins 150 salariés, dont la disparition serait de nature à causer un trouble grave à l'économie nationale ou régionale et au bassin d'emploi et si la modification du capital apparaît comme la seule solution sérieuse permettant d'éviter ce trouble et de permettre la poursuite de l'activité, après examen des possibilités de cession totale ou partielle de l'entreprise. Cette addition de conditions et de restrictions appelle plusieurs observations. D'abord, il peut paraître curieux que le Code de commerce fasse référence à des notions qui, pour être connues des travailleurs, n'en présentent pas moins le défaut de manquer de précision et ce au moment même où la simplification et la lisibilité du droit du travail sont devenues une priorité du législateur. Ensuite, il est étonnant que le plan de redressement comportant une dilution ou une exclusion des anciens actionnaires ne puisse être envisagé qu'après l'examen de possibles plans de cession. En effet, en droit commun, le plan de redressement a les faveurs du législateur et il prime le plan de cession, qui, d'un

point de vue social et au regard des intérêts des créanciers, est beaucoup moins favorable⁷. La Cour de cassation a encore récemment jugé qu'en application de l'article L. 631-22 du Code de commerce, les juges du fond ne peuvent examiner les offres de reprises dans le cadre d'un plan de cession qu'après avoir rejeté le plan de redressement⁸. Or, on sait qu'en pratique les actionnaires sont totalement spoliés dans le cadre d'un plan de cession car le prix de cession ne permet jamais d'envisager le remboursement de leurs apports. Dans ces conditions, on peine à comprendre la justification de cette priorité du plan de cession face à un plan de redressement comportant une dilution ou cession forcée de titres.

Quoi qu'il en soit, lorsque les conditions énumérées ci-dessus seront remplies, le tribunal pourra – à la demande de l'administrateur judiciaire ou du ministère public et à l'issue d'un délai de trois mois après le jugement d'ouverture, en cas de refus par les assemblées mentionnées au I, de l'article L. 631-19, d'adopter la modification du capital prévue par le projet de plan de redressement en faveur d'une ou de plusieurs personnes qui se sont engagées à exécuter celui-ci – prendre une décision contraignante en vue de surmonter l'obstruction des actionnaires qui refusent de voter la modification du capital. Il s'agira alors soit de déposséder ces actionnaires de leur droit de vote, soit de les exproprier purement et simplement en ordonnant la cession forcée de leur participation.

S'agissant de la première modalité, imaginée pour surmonter l'opposition des associés de la société débitrice, qui refusent que son capital soit modifié, elle consiste pour le tribunal à désigner un mandataire chargé de convoquer l'assemblée compétente et de voter l'augmentation de capital en lieu et place des associés ou actionnaires ayant refusé cette modification du capital prévue par le plan. On peut regretter l'emploi de ce terme « modification du capital » emprunté à l'article L. 626-3, alinéa 1, qui ne renvoie à aucune qualification juridique. Le droit des sociétés connaît la réduction et l'augmentation de capital mais pas la modification, terme qui pourrait être interprété largement et renvoyer, outre les augmentations et réductions de capital, à toutes les hypothèses dans lesquelles la géographie du capital social varie, par l'effet d'une cession de titres par exemple. Une telle interprétation nous paraît contestable et la « modification » visée tant par l'article L. 631-19-2 que par l'article L. 626-3 nous paraît devoir être ramenée à la figure de l'augmentation et à celle de la réduction de capital exclusivement. S'agissant de l'article L. 631-

⁷ V. C. com., art. 631-22.

⁸ Cass. com., 4 nov 2014, n° 13-21703 et 13-21712 ; D. 2014, p. 2294 ; Act. proc. coll. 2014, comm. n° 337, obs. J. Vallansan ; LEDEN déc. 2014, p. 2, n° 172, obs. E. Mouial-Basilana.

19-2, le champ des possibilités se trouve même encore plus réduit puisqu'il dispose que la mission qui peut être confiée au mandataire chargé de convoquer l'assemblée compétente et d'y voter en lieu et place des associés ou actionnaires ayant refusé la modification de capital ne peut porter que sur « l'augmentation de capital ». Il faut en déduire que seule une augmentation de capital peut être imposée aux associés que l'on aura dépossédé de leur droit de vote pour les besoins du plan de redressement. Le mandataire désigné par le tribunal ne pourra pas en revanche voter une réduction de capital. Ainsi n'est-il pas possible de réaliser un coup d'accordéon, opération à laquelle peut renvoyer le terme « modification du capital » mais qui n'entre pas dans la mission du mandataire *ad hoc* chargé de voter puisque la loi ne l'habilite qu'à prendre parti sur une augmentation de capital, ce dont il faut déduire qu'il n'est pas habilité à le faire s'agissant d'une réduction de capital. Cette interprétation se trouve confirmée par les travaux parlementaires et c'est celle qui a été retenue par le Conseil constitutionnel puisqu'il n'a été question, s'agissant de cette première atteinte portée aux droits des associés, que d'une dilution, seule perspective envisageable donc sur le fondement du 1° de l'article L. 631-19-2.

Il est prévu que l'augmentation de capital ainsi votée doit être réalisée dans le délai maximal de trente jours à compter de la délibération. Elle peut être libérée, par les personnes qui se sont engagées à exécuter le plan de redressement, au moyen d'une compensation de leurs créances sur la société dès lors que celles-ci ont été admises et dans la limite de la réduction dont elles sont l'objet dans le plan. Ainsi, des créanciers pourront-ils solliciter la mise en œuvre de ce dispositif pour prendre le contrôle de la société débitrice au capital de laquelle ils souscriront sans apporter d'argent frais mais en compensant leur dette de libération d'apport avec leur créance sur la société débitrice. On voit que, s'ils perdent le pouvoir de s'opposer à une modification de capital, les actionnaires de la société débitrice ne sont pas pour autant nécessairement évincés à l'occasion de cette opération puisque, s'il s'agit d'une augmentation de capital souscrite par apports en numéraire, les actions émises leur seront offertes par préférence, proportionnellement à la quote-part du capital que représentaient leurs actions. Ainsi se voient-ils reconnaître le droit au maintien d'un droit préférentiel de souscription, qui leur permet de souscrire à l'augmentation de capital à laquelle le tribunal leur aura interdit de s'opposer. Libre à eux alors de réaliser de nouveaux apports, pour ne pas voir leur participation diluée et pour ne pas perdre le contrôle de la société débitrice, ou bien de ne pas participer à l'augmentation de capital, au risque qu'elle permette une prise de contrôle par un tiers qui se sera engagé à

exécuter le plan et qui, lui, souscrira à l'augmentation de capital.

La seconde modalité, prévue par le nouvel article L. 631-19-2 pour surmonter l'obstruction d'associés qui, par leur vote ou leur refus de voter, interdisent la mise en œuvre de modifications statutaires indispensables à l'exécution d'un plan de redressement, consiste à ordonner, au profit des personnes qui se sont engagées à exécuter le projet de plan, la cession de tout ou partie de la participation détenue dans le capital par les associés ou actionnaires ayant refusé la modification de capital et qui détiennent, directement ou indirectement, une fraction du capital leur conférant une majorité des droits de vote ou une minorité de blocage dans les assemblées générales de cette société ou qui disposent seuls de la majorité des droits de vote dans cette société en application d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires, non contraire à l'intérêt de la société. Il est prévu que toute clause d'agrément que pourraient comporter les statuts de la société est alors réputée non écrite.

Ce dispositif d'exclusion d'associés pour cause de plan de redressement est spectaculaire car l'on sait que le droit français des sociétés consacre le caractère fondamental du droit de demeurer associé, dont il résulte que l'exclusion d'un associé n'est qu'exceptionnellement admise, la jurisprudence⁹ ayant refusé de l'imposer dans le silence de la loi ou des statuts, s'agirait-il du seul moyen d'éviter la dissolution de la société ? En admettant la possibilité d'exclure un associé qui s'oppose à la mise en œuvre d'un plan, la loi rompt avec une tradition de grande prudence de notre droit, peu enclin à admettre ce type d'expropriation.

Le Code de commerce prévoit ensuite que, lorsque cette exclusion est mise en œuvre, les associés ou actionnaires qui n'en font pas les frais ne sont pas condamnés à demeurer prisonniers de la société puisqu'ils disposent du droit de s'en retirer et de demander simultanément le rachat de leurs droits sociaux par les cessionnaires, mécanisme qui s'apparente aux clauses, fréquentes dans les pactes, dites de sortie conjointe (ou *drag along*), qui permettent à l'actionnaire minoritaire de sortir en même temps que le majoritaire, de façon à ne pas demeurer prisonnier de la société, avec un nouvel associé qu'il n'a pas choisi puisque c'est le tribunal qui le lui impose.

Cette cession forcée provoquée par le tribunal, ou réclamée par les associés auxquels on ne l'impose pas mais qui n'en choisissent pas moins de se retirer, présente l'inconvénient de ne pas permettre au cédant et au cessionnaire de s'accorder sur un prix. La vente n'étant pas volontaire mais forcée, le prix n'aura pu se

⁹ Cass. com., 12 mars 1996, n° 93-17813 : Bull. civ. IV, n° 86 ; BJS juill. 1996, p. 576, n° 204, note J.-J. Daigre.

forger par la négociation et l'échange des consentements et l'on peut redouter que ce ne soit qu'exceptionnellement que les parties puissent s'accorder sur la valorisation des titres. Pour cette raison, la loi prévoit que, en l'absence d'un tel accord sur cette valeur de rachat, celle-ci sera déterminée à la date la plus proche de la cession par un expert désigné, à la demande de la partie la plus diligente, de l'administrateur ou du ministère public, par le président du tribunal. Étrangement, le texte ne soumet pas cette expertise aux dispositions de l'article 1843-4, I, du Code civil¹⁰, comme c'est le cas toutes les fois qu'un prix doit être déterminé à dire d'expert, faute d'accord entre les parties sur ce point. Un tel renvoi aurait été cohérent dès lors que le régime de l'expertise 1843-4 est bien connu et complété par une jurisprudence nourrie, qui a permis à ce texte de livrer bien des secrets s'agissant de préciser l'étendue de la liberté de l'expert dans la détermination des méthodes d'évaluation ou encore pour prendre parti sur la portée que conservent, à l'occasion d'une telle expertise, les prévisions statutaires ou extrastatutaires pouvant avoir été stipulées. Faute de renvoyer à ce régime connu, l'article L. 631-19-2 présente la faiblesse de renvoyer à un mécanisme d'évaluation du prix lacunaire et imprécis. Car s'il indique que cet « expert » est désigné par le président (du tribunal de la procédure, semble-t-il) statuant en la forme des référés par une ordonnance non susceptible de recours et s'il ajoute que cet expert est tenu de respecter le principe du contradictoire, ces précisions procédurales sont notoirement insuffisantes pour régler toutes les difficultés qui ne manqueront pas de se poser à l'occasion de l'exécution de la mission d'évaluation. On peine donc à comprendre pourquoi il n'a pas été purement et simplement renvoyé au régime de la mission d'évaluation de l'article 1843-4. Ce point est décisif car, comme nous le verrons (v. *infra* III), la question la plus décisive en matière de rachat forcé de parts ou d'actions est celle de savoir à quel prix s'opère le rachat. Si la société est évaluée au jour du rachat, alors qu'elle se trouve soumise à un redressement et que l'on se place dans une perspective liquidative, alors les titres ne vaudront rien le plus souvent et le cédant ne percevra qu'un prix symbolique. À l'inverse, si l'on tient compte des possibilités de redressement et

de ce que la situation de la société a vocation à s'améliorer du fait de la restructuration dont elle fait l'objet, alors le prix peut être plus substantiel et il procura une véritable indemnisation à l'associé évincé. C'est dire si cette question de savoir comment procéder à l'évaluation est centrale et combien l'on peut regretter qu'elle n'ait pas été mieux traitée par le législateur, qui aurait été bien inspiré d'encadrer le déroulement de l'expertise et la mise en œuvre de la mission de cet expert évaluateur.

Enfin, le nouvel article L. 631-19-2 prend soin d'entourer d'un certain nombre de garanties procédurales et substantielles les dispositifs de dilution et de cession forcée qu'il introduit en matière de plan de redressement. Il a en effet été considéré que de telles mesures étaient trop graves pour pouvoir être arrêtées à la légère et sans que l'on puisse s'assurer d'une part de la nécessité d'évincer l'ancien actionnaire, et d'autre part que le nouvel actionnaire qui prend le contrôle de la société est plus en mesure que l'ancien de la redresser et qu'il existe donc de véritables motifs d'ordonner cette substitution d'actionnaire. Dans le but d'assurer ce contrôle de la mise en œuvre de ce nouveau dispositif, il est prévu que, lorsque le tribunal statue sur la demande d'éviction des actionnaires, les débats doivent avoir lieu en présence du ministère public, et que le tribunal doit entendre les associés ou actionnaires concernés, les associés ou actionnaires dirigeants, les créanciers ou tiers qui se sont engagés à exécuter le plan ainsi que les représentants du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel ou, à défaut de ces derniers, le représentant des salariés. Si les titres objet de la cession sont cotés, il ne peut statuer qu'après avoir consulté l'Autorité des marchés financiers.

Un autre souci du législateur a été d'assurer la célérité des opérations de rachat et d'indemnisation des associés expropriés. À cette fin, il est prévu que le tribunal statue par un seul et même jugement sur la cession et sur la valeur des droits sociaux cédés. Il désigne, dans ce jugement, un mandataire de justice chargé de passer les actes nécessaires à la réalisation de la cession ordonnée et d'en verser le prix aux associés ou actionnaires cédants.

Le texte se préoccupe également de garantir l'exécution de la cession que le tribunal aura ordonnée. À cette fin, celui-ci pourra subordonner l'adoption du plan à la présentation, par les associés ou actionnaires souscripteurs ou cessionnaires, d'une garantie par un organisme de crédit, d'un montant égal à leurs engagements, figurant dans le plan de redressement. La même précaution paraît pouvoir être prise lorsque l'augmentation de capital prévue par le plan se réalise par conversion de créances en titres, même si la disposition qui le prévoit résiste victorieusement à toute

¹⁰ C. civ., art. 1843-4, I : « Dans les cas où la loi renvoie au présent article pour fixer les conditions de prix d'une cession des droits sociaux d'un associé, ou le rachat de ceux-ci par la société, la valeur de ces droits est déterminée, en cas de contestation, par un expert désigné, soit par les parties, soit à défaut d'accord entre elles, par ordonnance du président du tribunal statuant en la forme des référés et sans recours possible. L'expert ainsi désigné est tenu d'appliquer, lorsqu'elles existent, les règles et modalités de détermination de la valeur prévues par les statuts de la société ou par toute convention liant les parties ». Sur la nouvelle rédaction de ce texte issue de l'ordonnance n° 2014-863 du 31 juillet 2014, v. F.-X. Lucas et D. Poracchia, « Le nouvel article 1843-4 du Code civil » : BJS nov. 2014, p. 474, n° 112s7.

tentative d'interprétation, faute d'être écrite en français¹¹...

Une autre contrainte est imposée aux associés ou actionnaires souscripteurs ou cessionnaires, au bénéfice desquels le plan est arrêté tenant à la condition qu'ils règlent comptant le prix qu'ils se sont engagés à payer. À défaut, le tribunal prononce, à la demande d'un associé cédant, du débiteur, du commissaire à l'exécution du plan, du mandataire de justice ou du ministère public, la résolution de la souscription ou de la cession des parts sociales, des titres de capital ou des valeurs mobilières donnant accès au capital de la société débitrice. Toujours au titre de la vérification du sérieux du projet de reprise mis en avant par le souscripteur ou le cessionnaire, le tribunal devra subordonner l'adoption du plan à l'engagement pris par ce nouvel associé de conserver ses droits pendant une durée qui ne peut excéder celle du plan.

Pour s'assurer que ces différents engagements pesant sur le nouvel actionnaire ne resteront pas lettre morte, il est prévu que le commissaire à l'exécution du plan vérifie que les associés ou actionnaires souscripteurs ou cessionnaires respectent leurs obligations. Il a ainsi qualité pour agir à l'encontre des souscripteurs ou cessionnaires pour obtenir l'exécution de leurs engagements financiers. Il informe le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel de l'exécution du plan de redressement, ainsi que du respect des engagements pris par les associés souscripteurs ou cessionnaires. En cas de défaillance d'un associé ou actionnaire souscripteur ou cessionnaire, le tribunal, saisi par le commissaire à l'exécution du plan, par le ministère public, par le comité d'entreprise ou, à défaut, par les délégués du personnel, peut prononcer la résolution du plan de redressement, sans préjudice de la réparation du préjudice subi. Il statue en présence du ministère public. La loi précise que le prix payé par le souscripteur ou le cessionnaire reste alors acquis, disposition qui ne vaut que pour l'hypothèse de la cession forcée ordonnée par le tribunal et dont on peine à comprendre pourquoi elle vise le souscripteur qui, lui, à proprement parler ne paie aucun prix. On notera enfin quels sont les recours qui peuvent être exercés à l'encontre des décisions prises sur le fondement de l'article L. 631-19-2, précision importante compte tenu de la gravité pour les associés des mesures que cet article permet de prendre à leur encontre. Les décisions statuant sur la désignation d'un mandataire chargé de convoquer l'assemblée compétente et de voter l'augmentation de capital en lieu et place des associés ou actionnaires récalcitrants et celles statuant

sur la cession de tout ou partie de la participation sont susceptibles d'appel de la part du débiteur, de l'administrateur, du mandataire judiciaire, du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel ou, à défaut, du représentant des salariés mentionné à l'article L. 621-4, des associés ou actionnaires parties à la cession ou qui ont refusé la modification du capital prévue par le projet de plan et des cessionnaires ainsi que du ministère public.

III. Perspectives d'évolution

L'ultime question que l'on peut se poser en découvrant ce nouveau dispositif d'éviction de l'associé d'une société soumise à un redressement judiciaire est de savoir s'il s'agit d'un mécanisme achevé et satisfaisant ou s'il faut espérer le voir encore évoluer. Quelques jours après l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 12 mars 2014, nous nous étions impertinemment interrogés sur la nécessité de « déjà réformer la réforme du 12 mars 2014¹² ? ». Nous nous essaierons au même exercice de diagnostic et de pronostic au sujet de cet article L. 631-19-2 introduit par la loi *Macron* ? À cet égard, deux observations doivent être faites.

D'un point de vue pratique, l'absence de tout dispositif permettant l'expropriation de l'actionnaire n'a pas empêché par le passé les praticiens d'imposer la prise de contrôle d'une société sous LBO par ses créanciers *seniors*. Une telle opération, connue sous son appellation de *lender led*, a été inaugurée à l'occasion de la restructuration de la société Saur¹³, qui a débouché sur une prise de contrôle de l'intégralité du capital de la holding de tête du groupe par un pool de prêteurs *seniors*. Dans cette affaire, où les fonds propres de la holding étaient incontestablement négatifs, la prise de contrôle par les prêteurs a été opérée dans le cadre d'une procédure de conciliation homologuée à travers une cession de titres par les anciens actionnaires pour un prix symbolique. Le même mode opératoire a été dupliqué dans le dossier *Vivarté*, et, à vrai dire, il inspirait déjà dans une certaine mesure les restructurations des sociétés Eurotunnel, Belvédère et Latécoère, à l'occasion desquelles les prêteurs avaient pris un contrôle largement majoritaire des sociétés cibles en bénéficiant d'une importante dilution des anciens actionnaires imposée dans le cadre d'une sauvegarde précédée d'une conciliation.

Au vu de ces précédents, on peut être d'avis qu'il aurait été parfaitement concevable d'imposer une dilution

11 Le tribunal « peut également subordonner cette conversion de créances en parts sociales, titres de capital ou valeurs mobilières donnant accès au capital de l'entreprise ».

12 Sur cette problématique v. R. Dammann et F.-X. Lucas, « Faut-il déjà réformer la réforme du 12 mars 2014 ? » : BJE mai 2014, p. 143, n° 111e7.

13 V. R. Dammann et G. Lebreton, « Restructuration SAUR : la conversion de créances en capital dans le cadre d'un plan *lender led* » : BJS nov. 2013, p. 697, n° 110y2.

ou une cession forcée dans le cadre d'une procédure de sauvegarde ou d'une sauvegarde financière accélérée (SFA) et ce dans le but de renforcer l'efficacité des négociations avec les anciens actionnaires dont il se serait agi de réduire le « pouvoir de nuisance ». Pour ces actionnaires arc-boutés à leur minorité de blocage et à leur droit de demeurer associé, la perspective de se voir imposer une dilution ou une cession forcée, dans le cadre d'un redressement judiciaire ultérieur, apparaît trop lointaine et insuffisante à bouleverser des rapports de force qui, en pratique, s'établissent au cours d'un mandat *ad hoc* ou d'une conciliation. Envisager l'éviction de l'actionnaire dès le stade de la sauvegarde ne va pas de soi mais n'est non plus totalement à exclure (v. nos développements en ce sens *supra*). À cet égard, mérite d'être signalée la solution consacrée par le droit allemand lors de la dernière réforme de son droit de l'insolvabilité (*Insolvenzordnung – InsO*) par une loi dite *ESUG* en date du 13 décembre 2011 entrée en vigueur le 1^{er} mars 2012¹⁴. Cette réforme est d'autant plus intéressante qu'elle a été précédée d'une discussion – autrement plus nourrie que celle qui a eu lieu en France – sur la constitutionnalité d'un *debt equity swap* imposé par le juge et sur sa compatibilité avec le droit de l'Union européenne¹⁵.

L'exercice de droit comparé est ici particulièrement bienvenu dès lors que la question se pose dans les mêmes termes dans les deux pays, les motifs ayant présidé à la réforme allemande étant les mêmes que ceux qui ont fondé l'entreprise réformatrice de M. Macron. Dans les deux cas, et même si cela n'a pas été dit aussi nettement que cela en France, il s'agissait de favoriser l'adoption d'un plan de continuation en faveur du débiteur par la majorité qualifiée de ses créanciers, au lieu de vendre l'entreprise dans le cadre d'un plan de cession. Or, une telle solution implique soit une conversion de créances en capital (*debt equity swap*), notamment dans le cadre d'un coup d'accordéon, en application du § 225, sous a), alinéa 2, InsO¹⁶ ; soit une cession des titres (*share deal*). Or, avant la réforme de la loi *ESUG*, les créanciers ne pouvaient imposer la dilution ou une cession forcée de titres, de sorte que les actionnaires conservaient une valeur de nui-

sance difficilement justifiable d'un point de vue économique.

Selon l'approche du législateur allemand, le plan de sauvegarde peut prévoir toute disposition autorisée en droit des sociétés. Il existe alors une grande palette de possibilités, incluant la conversion de créances en capital, à l'occasion d'un coup d'accordéon. La suppression des droits préférentiels de souscription en faveur des anciens actionnaires est également possible, mais elle doit être justifiée en application du droit des sociétés, § 225, sous a), III, InsO¹⁷. Il est probable que le repreneur demandera systématiquement une telle suppression afin d'éviter la présence d'actionnaires minoritaires. La validité d'une telle pratique peut se recommander de l'intérêt de la société, mais la doctrine ne considère pas moins que le plan de sauvegarde doit alors prévoir un mécanisme de *earn out* en faveur des anciens actionnaires¹⁸, sorte de clause de retour à meilleure fortune qui rend l'exclusion de l'associé plus acceptable.

En droit allemand, le plan peut également prévoir une cession forcée de titres dont le prix sera fixé par référence à la valeur liquidative (*liquidation value*) de la société et non de sa valeur de continuation (*going concern*)¹⁹. Dans la majorité des cas, les titres de la société faisant l'objet de la procédure collective se révéleront dépourvus de toute valeur, et leur prix sera le plus souvent symbolique, ce qui aboutit à réaliser un véritable *squeeze out* très défavorable à l'associé qui le subit. Une telle valorisation apparaît justifiée mais uniquement à la condition que l'actionnaire refuse de participer au sauvetage de la société²⁰.

En définitive, les actionnaires sont traités, en droit allemand, comme des créanciers subordonnés de dernier rang. Ils sont d'ailleurs réunis dans une classe de créanciers (telle que définie au § 222, InsO) qui doit voter sur le projet de plan à la majorité simple du capital²¹. Une double majorité en nombre des actionnaires n'est pas prévue²². Si la classe des actionnaires vote contre le plan, ce dernier peut néanmoins être arrêté par la majorité des classes de créanciers à la seule condition que le plan de restructuration réserve aux actionnaires un meilleur sort qu'une liquidation judiciaire (concept du *best interest test*), en application du § 245 InsO. Cette condition est presque toujours

14 V. J. Bormann, NZI 22/2011, p. 892 ; T. Günther, ZInsO 44/2012, p. 2037 ; S. Simon et M. Merkelbach, NZG 2012, p. 121 ; H.-G. Landfermann, WM, 18/2012, p. 821 ; A. Gög, NZG 2012, p. 371 ; A. Piekenbrock, NZI 2012, p. 905.

15 La plupart des auteurs considèrent que la deuxième directive n° 77/91/EG du 13 décembre 1976, relative au droit des sociétés, ne s'applique pas au *debt-equity swap* d'une société faisant l'objet d'une procédure collective, v. H. Eidenmüller et A. Engert, ZIP 12/2009, p. 541 ; Bork, ZIP 2010, p. 397 (408) ; K. Schmidt, BB 2011, p. 1603 ; A. Piekenbrock, NZI 2012, p. 905 (908). *Contra* Bormann, NZI 2011, 892 (894).

16 Il est intéressant de noter que cette conversion de créance est traitée comme un apport en nature, donnant lieu à une évaluation de la créance par un commissaire aux apports.

17 V. S. Simon et M. Merkelbach, NZG 2012, 121 (125).

18 V. S. Simon et M. Merkelbach, NZG 2012, 121 (126).

19 V. S. Simon et M. Merkelbach, NZG 2012, 121 (124).

20 V. S. Simon et M. Merkelbach, NZG 2012, 121 (127).

21 Les dispositions du droit des sociétés (par exemple les votes doubles) ne s'appliquent pas, § 238, sous a), InsO, v. S. Simon et M. Merkelbach, NZG 2012, 121 (122). On pourrait d'ailleurs soutenir que le vote en comité remplace celui en assemblée générale extraordinaire sur une modification du capital prévu à l'article 25, de la deuxième directive n° 77/91/EG du 13 décembre 1976.

22 Si les actionnaires refusent de voter sur le plan, ils sont réputés avoir voté en faveur du plan, § 246, sous a), InsO.

remplie dans la mesure où la valorisation des titres est faite en valeur liquidative.

On signalera enfin une spécificité du droit constitutionnel allemand qui prévoit que, contrairement à la solution retenue par le droit français, aucun créancier ne peut être forcé de devenir actionnaire d'une société, analyse fondée sur l'article 9 de la Constitution de l'Allemagne qui protège la liberté d'association.

Que retenir en définitive de cette comparaison entre le droit français et allemand ? Une première remarque s'impose : le droit outre-Rhin a une approche beaucoup plus économique des procédures collectives et, l'on pourrait dire, beaucoup plus réaliste que le droit français. Il faut bien comprendre que le nœud du problème que posent la dilution et la cession forcée réside dans la méthode de valorisation : si on considère que les actionnaires ne souhaitent pas participer aux efforts de restructuration, ils ne sont pas fondés à revendiquer une valorisation en imposant la prise en compte d'un scénario de continuation (*going concern*) auquel ils ne souscrivent pas. C'est une question de bon sens économique.

Par ailleurs, la comparaison avec le droit allemand nous fait percevoir une faiblesse du droit français tenant à ce qu'il persiste à ne pas accueillir un dispositif de vote exprimé par catégorie de créanciers, là où un tel mode de computation des suffrages devrait,

comme nous l'avons suggéré²³, devenir la clé de voûte de l'élaboration d'un plan de sauvegarde, y compris pour les actionnaires qui, pour les besoins du vote du plan, seraient traités comme une catégorie de créanciers. Or, si le droit allemand l'a bien compris, le droit français campe sur une solution inverse perdant de vue que les actionnaires sont fondamentalement des créanciers²⁴.

Enfin, on peut se demander si la solution du droit allemand n'est pas plus rationnelle lorsqu'elle permet de contraindre les actionnaires à participer aux mesures de sauvetage de l'entreprise en apportant de l'argent frais sous peine de subir une éviction de la société. Payer ou « rendre les clés »... en quelque sorte. Et ce le plus tôt possible, c'est-à-dire dès le stade de la procédure de sauvegarde. En France, on pourrait limiter la dilution et la cession forcée à la seule SFA et encore pour les sociétés débitrices ayant des capitaux propres négatifs. L'intérêt de limiter cette solution brutale à la seule SFA et de ne pas l'étendre à la sauvegarde de droit commun serait de ne pas rendre cette dernière procédure inquiétante aux yeux des actionnaires avec le risque qu'ils en diffèrent le déclenchement et qu'ils remettent ainsi en cause l'objectif d'anticipation du traitement des difficultés.

23 R. Dammann et F.-X. Lucas, art. préc.

24 H. Le Nabasque, « Les actions sont des droits de créances négociables » in *Mélanges Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 671. =

L'augmentation de capital forcée dans la loi *Macron* ^{114d3}

Irina PARACHKÉVOVA

Professeur à l'université de Nice-Sophia Antipolis (GREDEG-CREDECO, CNRS UMR 7321)

Le dispositif d'éviction des associés institué par la loi *Macron* comporte une mesure alternative à la cession forcée des droits sociaux, qui correspond à ce que l'on peut appeler l'augmentation de capital forcée. Fondée sur un objectif louable, l'opération n'en est moins difficile à cerner et suscite nombre d'interrogations. L'augmentation de capital forcée peine ainsi à imposer sa logique et risque de trouver une utilisation marginale en pratique.

La loi *Macron*¹ vient apporter une nouvelle pierre à l'édifice du traitement des difficultés de la grande entreprise et s'inscrit dans une évolution, dont les jalons avaient déjà été posés, marquant le retour en force des créanciers dans la restructuration de la dette. Mu par cette philosophie, le législateur a pris ces dernières années ses distances avec bon nombre de principes du droit des sociétés que l'on croyait acquis, y compris dans la société en difficulté :

principe de la souveraineté de l'assemblée, intangibilité des engagements de l'associé, principe de non-immixtion du juge dans les affaires sociales... C'est aujourd'hui un dispositif nouveau « d'éviction » des associés hostiles à l'entrée de créanciers ou tiers dans le capital des sociétés importantes qui attire l'attention, en ce qu'il porte un coup fatal au droit de vote et au droit de propriété de l'associé sur ses droits sociaux².

1 L. n° 2015-990, 6 août 2015.

2 V. R. Dammann et F.-X. Lucas, « Le nouveau dispositif de dilution ou d'éviction de l'associé qui ne finance pas le plan de redressement de la société » : *BJS* oct. 2015, *supra*, n° 114c4.

Deux mesures alternatives ont été ainsi introduites dans le Code de commerce, au sein d'un nouvel article L. 631-19-2. Il s'agit, respectivement, de la « dilution forcée » et de la « cession forcée », à s'en tenir à la terminologie utilisée dans les travaux préparatoires³. Cette étude a plus particulièrement pour objet la première de ces mesures – qu'il conviendrait d'appeler plutôt « augmentation de capital forcée » – et atteste des difficultés à cerner cette opération dont le principe et les modalités suscitent bien des interrogations et qui peine encore à convaincre, du moins, en son état actuel.

Les deux innovations relèvent d'une même préoccupation. Longtemps inconcevable, l'idée-même d'éviction des associés s'est imposée au fil du temps. Elle a manqué de peu d'être consacrée par l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014⁴. D'ailleurs, l'ordonnance la préfigure déjà puisque l'une de ses ambitions a été d'inciter, voire de contraindre les associés, jusque-là libres et souverains, à accepter une prise du pouvoir par les créanciers à travers une conversion de leurs créances en capital⁵. Participe notamment de cette logique la possibilité de déposséder de leur droit de vote les associés qui, préalablement à l'adoption du plan de redressement, empêchent la reconstitution des capitaux propres (C. com., art. L. 631-9-1). À moindre échelle, l'on songe encore à la faculté pour le tribunal d'alléger les règles de majorité s'agissant de l'adoption des *modifications statutaires induites par le plan* de sauvegarde ou de redressement (C. com., art. L. 626-16-1).

Le texte nouveau s'inscrit dans le sillage de ces dispositions mais n'en demeure pas moins singulier – à la fois plus énergique dans ses effets et plus restreint dans son domaine. D'une part, en effet, il admet des figures audacieuses comme le vote forcé ou la cession forcée des droits sociaux des associés. D'autre part, toutefois, il vise expressément la grande entreprise – et elle seule – dont le sauvetage, présenté ici comme la solution de la dernière chance, est d'intérêt général. Pleinement assumée cette fois par le législateur, la césure se fait ainsi plus nette⁶ entre le traitement des difficultés de l'entreprise modeste, centré sur l'apurement du passif et laissant une large part à la prévention et à la négociation et celui des difficultés de l'entreprise importante, axé davantage sur la restructuration de la dette et la contrainte⁷. Et c'est précisément l'importance

que pareille entreprise représente pour l'économie qui vaut aux atteintes que cette loi inflige au droit de vote et au droit de propriété de l'associé, une pleine et entière validation par le Conseil constitutionnel⁸. L'objectif est un *leitmotiv* déjà connu. Placé dans la section III de la loi « Efficacité renforcée des procédures de sauvegarde, de redressement judiciaire, de rétablissement professionnel et de liquidation judiciaire », l'article 238, I⁹, qui crée la nouvelle disposition se donne pour but de « rééquilibrer les pouvoirs au profit des créanciers et des tiers reprenneurs qui se sont engagés à exécuter le plan »¹⁰. Le traumatisme d'affaires médiatisées comme « Eurotunnel » ou « Belvédère » avait, il est vrai, conduit au constat que le droit français permettait de préserver la situation des associés au détriment de celle des créanciers¹¹, obligeant ces derniers à absorber seuls les pertes par un rééchelonnement ou une réduction des dettes¹². Il s'est agi alors de s'inspirer de ce qui se faisait ailleurs¹³ et de poursuivre l'adaptation du droit des entreprises en difficulté aux réalités économiques et tout spécialement à cette réalité d'après laquelle « la conversion des créances en capital permet de diminuer l'endettement de l'entreprise tout en associant les créanciers devenus actionnaires au redressement »¹⁴.

Cependant, aussi cohérent qu'il puisse paraître à première vue, ce raisonnement a suscité la polémique parmi d'éminents spécialistes et praticiens. Tout comme à l'époque de l'ordonnance de 2014, les mesures instituées par la loi *Macron* sont loin de faire l'unanimité. La loi est en outre critiquée à la fois par ses opposants et par ses sympathisants, certains considérant qu'elle va trop loin¹⁵, d'autres affirmant au contraire qu'elle ne va pas assez loin¹⁶, d'autres enfin, estimant qu'elle procède de manière erronée¹⁷...

C'est qu'il y va d'enjeux aussi sensibles que complexes. Comment ne pas s'offusquer d'un droit français à la traîne, tolérant que les créanciers puissent définitivement perdre une partie de leurs créances, tandis que les associés peuvent espérer un retour à la rentabilité

n° 5 ; « La contractualisation du droit des entreprises en difficulté » : Rev. proc. coll. n° 3, mai 2015, Entr. 2.

8 Cons. const., 5 août 2015, n° 2015-715 DC.

9 Anciennement art. 70 du projet de loi.

10 Étude d'impact, 10 déc. 2014, p. 132.

11 V. p. ex., R. Dammann et M. Robinet, « La sauvegarde, un outil pour protéger les associés du débiteur ? » : BJS déc. 2009, p. 1116, n° 227.

12 Étude d'impact, préc., p. 131.

13 Le *Chapter 11* américain et plus particulièrement la loi allemande dite « *ESUG* » permettant depuis 2012 d'imposer aux actionnaires la conversion des créances en capital.

14 Étude d'impact, préc., p. 133.

15 G. Teboul, « Le volet « entreprises en difficulté » du projet de loi *Macron* » : Gaz. Pal. 12 mars 2015, p. 4, n° 216j9.

16 R. Dammann et G. Podeur, « Loi *Macron* : la prise de contrôle d'une société par ses créanciers » : BJE janv. 2015, p. 1, n° 111y6.

17 S. Vermeille, « Le volet droit des faillites de la loi « *Macron* » : une intention louable au départ, mais un résultat dangereux à l'arrivée » : D. 2015, p. 382, reprochant au législateur de ne pas avoir tenu compte de la valeur de l'entreprise.

3 Rapport Comm. spéc. n° 2498, rapporteur gén. R. Ferrand.

4 En tout cas, la cession forcée des droits sociaux.

5 On parle de plans « *Lender Led* ».

6 À rapprocher de la spécialisation de certains tribunaux de commerce pour connaître de la faillite des grandes entreprises, introduite par la même loi, v. C. com., art. L. 721-8 : BJS oct. 2015, *supra*, n° 114b6, éclairage E. Mouial-Basilana.

7 V. p. ex., « Droit économique et droit de l'entreprise en difficulté, Vers un droit négocié de l'entreprise en difficulté » : RIDE 2012, Dossier

en cas de redressement de l'entreprise ? Faut-il laisser les associés, qu'ils soient majoritaires ou minoritaires, faire indéfiniment obstacle à une restructuration du capital salutaire pour l'entreprise malade ? Assurément, leur éviction participe d'un changement de paradigme faisant peser sur eux un véritable devoir de soutien¹⁸, voire de sacrifice, face à la société en difficulté. Dans le même temps et au-delà des objections constitutionnelles, il ne peut être nié qu'une telle orientation du droit de l'entreprise en difficulté peut sérieusement dissuader les dirigeants à saisir le tribunal en amont, déjà échaudés par le risque de cession forcée de leurs droits sociaux en leur simple qualité de dirigeants. Surtout, cette percée dans le capital et dans le pouvoir des créanciers et investisseurs pourrait engendrer des évolutions inattendues et perturber des équilibres déjà fragiles au sein de la société.

Autant dire que les difficultés inhérentes à ce nouvel outil de neutralisation des associés sont nombreuses et la cession forcée aurait largement suffi à les nourrir. Or, non content de consacrer l'exclusion de l'associé, le législateur a ajouté au texte une mesure plus mystérieuse qui s'inspire, en la dépassant de loin, de la sanction de l'abus de minorité : l'augmentation de capital forcée. Non planifiée à l'époque de l'ordonnance de 2014, elle a même failli être supprimée de la loi *Macron* par un amendement sénatorial et a été ressuscitée *in extremis* par l'Assemblée nationale¹⁹. Pourtant, cette alternative à la cession forcée ne s'imposait pas avec la force de l'évidence et, en tout cas, le résultat final ne paraît ni suffisamment utile, ni suffisamment efficace. Pour en apercevoir les incertitudes et les lacunes – et sans s'attarder sur les garanties qui accompagnent l'opération, du reste communes à la « dilution forcée » et à la cession forcée²⁰ – il importe ainsi de se pencher sur le principe (I) et les modalités (II) de l'augmentation de capital.

I. Le principe de l'augmentation de capital

Le dispositif mis en place n'est pas toujours très clair. En substance, lorsque l'assemblée des associés d'une grande entreprise²¹ a refusé d'adopter une modification du capital au profit d'une ou plusieurs personnes qui se sont engagées à exécuter le plan de redresse-

ment, le tribunal a désormais le moyen de passer outre ce refus, si cette modification apparaît comme la « seule solution sérieuse » permettant d'éviter la cessation d'activité et les troubles à l'économie et à l'emploi que cette cessation entraîne. À l'issue d'un délai de trois mois à compter du jugement d'ouverture, il peut ainsi, à la demande de l'administrateur judiciaire ou du ministère public, « désigner un mandataire chargé de convoquer l'assemblée compétente et de voter l'augmentation de capital en lieu et place des associés ou actionnaires ayant refusé la modification de capital, à hauteur du montant prévu par le plan ». Autrement dit, le tribunal peut ordonner l'adoption forcée d'une augmentation de capital en faveur de repreneurs, dont on déduit qu'ils sont soit des créanciers, soit des tiers totalement étrangers à l'entreprise²². Une fois ainsi décodé, le texte interroge sur la nature de l'opération (A) et sur la dépossession du vote qu'il autorise (B).

A. La nature de l'opération

Ce qui frappe d'emblée à la lecture du texte est qu'il vise expressément et uniquement la réalisation forcée d'une « *augmentation de capital*... à hauteur du montant prévu par le plan ». Or, le dispositif fait suite – chose expressément indiquée – au refus préalable de l'assemblée des associés « d'adopter la *modification du capital* prévue par le projet de plan de redressement en faveur d'une ou plusieurs personnes qui se sont engagées à exécuter celui-ci ». Voilà deux phases qui ne visent pas nécessairement la même opération. D'un côté, en effet, se trouve une modification du capital qui peut couvrir une restructuration bien plus complexe que la seule augmentation de capital et tout particulièrement une opération « coup d'accordéon ». De l'autre côté, au contraire, figure une simple augmentation de capital, ce qui réduit passablement les perspectives. Quand on sait que le projet de plan prévoit le plus souvent un « coup d'accordéon » et non une simple conversion des créances en capital, la praticabilité de ce nouvel outil suscite des réserves. En particulier, si les repreneurs se sont engagés à exécuter un projet de plan sur la base d'un « coup d'accordéon », l'on voit mal comment il peut être fait recours à l'augmentation de capital forcée, laquelle ne serait tout simplement pas l'opération « prévue par le plan ». En d'autres termes, seule semble concernée par le texte l'augmentation de capital en faveur de créanciers ou tiers empêchée au stade du projet de plan et qui serait adoptée à l'identique par le biais du vote forcé, dans la limite du « montant prévu par le plan ».

Sans doute, peut-on songer à des schémas susceptibles d'élargir quelque peu le champ légal. Il est par exemple concevable qu'au moment de l'adoption du plan, les

18 V. not. G. Couturier, *Droit des sociétés et droit des entreprises en difficulté*, LGDJ, 2013, spéc. n° 579 et s.

19 V. Rapport Comm. spéc., n° 541, 23 juin 2015.

20 V. p. ex., P. Roussel Galle, « Brèves observations sur la loi « Macron » et le droit des entreprises en difficulté » : *Rev. sociétés* 2015, p. 541 ; A. Cerati-Gauthier, « Projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques : des atteintes justifiées aux droits des associés et actionnaires de la société débitrice » : *BJE* mars 2015, p. 129, n° 112a7.

21 Le critère principal étant le seuil de 150 salariés, v. sur les critères retenus, C. com., art. L. 631-19-2, al. 1.

22 V. *infra*, II, A.

repreneurs revoient leurs prétentions à la baisse pour accepter de s'engager en faveur d'une simple augmentation de capital, au lieu d'un « coup d'accordéon ». Cela suppose d'admettre au préalable la compatibilité d'une telle combinaison avec la règle nouvelle, ce qui ne va pas de soi. En tout cas, l'opération-accordéon reste à l'écart du système, ce qui est regrettable. C'est dire à quel point, dans son état actuel, la nouvelle disposition peut manquer sa cible et mériterait déjà une première révision²³.

Ainsi cantonnée, l'opération n'en implique pas moins une authentique et énergique atteinte légale au droit de vote de l'associé.

B. La dépossession du vote

La dépossession du vote est au cœur de l'augmentation de capital forcée et symbolise le sacrifice que l'on impose aux associés hostiles à l'entrée dans le capital des repreneurs. Tout fonctionne comme s'il s'agissait d'une sanction surpuissante d'un abus de droit de vote spécifique. Toutefois, si le contenu du dispositif ne choque guère (2) vu le contexte (1), certaines questions restent en suspens.

1. Le contexte

L'augmentation de capital forcée tend à dénouer une crise des plus graves, où les associés empêchent une modification du capital susceptible de conduire au redressement de la société. Un bref rappel est nécessaire sur le contexte de cette crise. De façon générale, les règles applicables à la procédure collective tendent à appeler l'assemblée des associés à statuer sur les mutations du capital le plus tôt possible, dès le projet de plan²⁴.

L'avant dernier alinéa du I de l'article L. 631-19 du Code de commerce, applicable au redressement, est à souligner tout particulièrement, aux termes duquel « lorsqu'une ou plusieurs personnes autres que les associés ou actionnaires s'engagent à exécuter le plan de redressement, sous la condition d'une participation au capital de la société à l'égard de laquelle la procédure a été ouverte, le projet de plan voté par les comités... est soumis aux assemblées mentionnées à l'article L. 626-3 ». Cet alinéa a été introduit par l'ordonnance du 12 mars 2014 et s'explique par la volonté de favoriser l'adoption d'un plan de redressement par l'entrée de tiers et notamment de créanciers dans le capital. Le but est d'éviter qu'un tel plan ne soit adopté par les comités de créanciers et le cas échéant par l'assemblée des obligataires mais se trouve

ensuite compromis, faute pour l'assemblée compétente de voter la modification statutaire permettant aux repreneurs de devenir associés²⁵. L'assemblée est donc invitée à statuer en amont, sans pour autant être obligée d'approuver l'opération. C'est précisément à l'éventuel refus de cette « modification du capital » que fait référence l'article L. 631-19-2 créé par la loi *Macron*. Face à un refus, il n'est plus question pour le législateur de se contenter de laisser simplement le tribunal ordonner dans le plan les « modifications des statuts nécessaires »²⁶ et prendre ainsi le risque d'un nouveau rejet.

Dans le contexte du redressement judiciaire, ce « refus par les assemblées » est à juste titre présumé abusif et contraire à l'intérêt social – dans son acception la plus large possible d'ailleurs, car il y va de l'intérêt de tous : la collectivité des associés, les créanciers, les salariés... Certes, le dispositif ne se déclenche que lorsque tout a été tenté. Il est à relever en outre qu'un délai de trois mois à compter du jugement d'ouverture doit s'écouler avant que l'augmentation de capital forcée puisse être ordonnée, ce laps de temps laissant aux associés la possibilité de proposer leur propre plan²⁷. Mais au-delà, le redoutable mécanisme peut être mis en route.

2. Le contenu

Le point fort de la disposition est de permettre au tribunal de « désigner un mandataire chargé de convoquer l'assemblée compétente et de voter l'augmentation de capital en lieu et place des associés ou actionnaires ayant refusé la modification de capital ». L'innovation est évidemment à rapprocher de la dépossession du droit de vote de l'associé instituée par l'ordonnance du 12 mars 2014 dans l'hypothèse de la reconstitution des capitaux propres préalable à l'adoption du plan de redressement. L'article L. 631-9-1 du Code de commerce prévoit à ce propos que « si les capitaux propres n'ont pas été reconstitués dans les conditions prévues par l'article L. 626-3, l'administrateur a qualité pour demander la désignation d'un mandataire en justice chargé de convoquer l'assemblée compétente et de voter sur la reconstitution du capital, à hauteur du minimum prévu au même article, à la place du ou des associés ou actionnaires opposants lorsque le projet de plan prévoit une modification du capital en faveur d'une ou plusieurs personnes qui s'engagent à respecter le plan ». Néanmoins, le mécanisme créé par la loi *Macron* est autrement plus efficace. Le vocabulaire lui-même a évolué, de bonne manière. Il n'est plus question d'associés ou actionnaires « opposants » mais « ayant refusé la modification », ce qui est plus

23 V. sur la proposition d'inclure dans le texte le coup d'accordéon, R. Dammann et G. Podeur, « Loi *Macron* : la prise de contrôle d'une société par ses créanciers », préc.

24 C. com., art. L. 626-3 et L. 631-19.

25 V. F.-X. Lucas, « L'ordonnance du 12 mars 2014 et le droit des sociétés » : BJS juin 2014, p. 403, n° 112b3.

26 C. com., art. L. 626-15 auquel renvoie l'art. L. 631-19.

27 Rapport Comm. spéc. n° 2498, préc.

précis et renvoie expressément à un vote contraire et non à une simple abstention²⁸.

Surtout, la mesure permet une atteinte bien plus audacieuse au droit de vote et à la souveraineté de l'assemblée, déjà écorchés en 2014. Le mandataire sera directement chargé ici de « voter » l'augmentation de capital et non de « voter sur » elle, ce qui garantit l'adoption de la décision. En effet, il s'évince du texte une véritable obligation du mandataire de voter en faveur de l'augmentation de capital, ce qui tranche avec la sanction classique de l'abus de minorité et le principe, résistant en droit commun, de non-immixtion du juge dans les affaires sociales. De là, il n'y a qu'un pas à franchir vers la décision judiciaire valant vote, que certains appellent déjà de leurs vœux²⁹. Et il est vrai que ce modèle sied particulièrement au contexte du redressement qui nécessite des solutions rapides et pragmatiques. À l'évidence, le droit de l'entreprise en difficulté l'emporte ici sur le droit des sociétés. D'ailleurs, le Conseil constitutionnel fait peu de cas de l'atteinte que la loi pourrait également porter au principe d'origine européenne³⁰ d'après lequel, dans la société anonyme « toute augmentation du capital doit être décidée par l'assemblée générale »³¹. Cependant, certaines interrogations demeurent. Pourquoi ne pas avoir prévu également dans la loi une obligation pour les associés concernés de payer des dommages et intérêts, non pas forcément aux autres associés, mais à la société ? Le droit commun le permet sans doute déjà mais l'occasion est tout de même manquée de consacrer un régime spécifique de responsabilité de l'associé pour abus de droit de vote pensé pour le redressement. Une autre question importante est de savoir si l'associé privé de vote conservera son droit de « participer » aux décisions collectives. On peut sérieusement s'interroger, à la lumière de la tendance de la jurisprudence à accentuer ces dernières années la dissociation entre le droit de vote et le droit de participer aux décisions collectives. À la suite des nus-propriétaires et à l'image de ce qui a été récemment affirmé au sujet des indivisaires³², les associés dépossédés de leur vote ne se verront-ils pas reconnaître en justice un droit de « participer » à la décision relative à l'augmentation du capital, sous peine

de nullité de la résolution pour atteinte à l'alinéa 1 de l'article 1844 du Code civil ? Cela supposerait que ces associés soient convoqués par le mandataire à l'assemblée statuant sur l'augmentation de capital et mis en mesure d'assister, voire de participer aux débats. Le législateur aurait pu l'éviter...

À l'évidence ainsi, le droit des sociétés et ses principes ne sont pas entièrement éliminés de ce texte dédié au sauvetage de la société en difficulté. Et c'est encore le droit des sociétés qui vient contrarier les modalités de l'opération affichées par ce corpus attentatoire au droit de vote de l'associé.

II. Les modalités de l'augmentation de capital

C'est au sujet des modalités de l'augmentation de capital forcée que l'article L. 631-19-2 soulève le plus de questions et, quelquefois, ne manque pas de surprendre. Deux points méritent notamment intérêt : l'identification des bénéficiaires de l'augmentation de capital (A) et le maintien du droit préférentiel de souscription des actionnaires (B).

A. Les bénéficiaires de l'augmentation de capital

Manifestement, la finalité du texte est de réaliser une augmentation de capital « réservée » à des repreneurs créanciers ou investisseurs. Toutefois, les choses auraient pu être plus expressément dites : si cette finalité est clairement affichée dans les travaux préparatoires³³, seules quelques indications indirectes aident à la cerner dans l'article L. 631-19-2. En effet, c'est à coup de renvois ou recoupements des alinéas que le texte se dévoile, laissant comprendre que les personnes qui se sont engagées à exécuter le plan sont « autres que les associés ou actionnaires »³⁴ et qu'elles sont donc des « créanciers ou tiers »³⁵, les créanciers pouvant au demeurant libérer leur apport « par compensation à raison du montant des créances sur la société qui ont été admises et dans la limite de la réduction dont elles sont l'objet dans le plan »³⁶. Passons sur le vocabulaire ici imprécis, faisant oublier qu'un créancier est également un tiers à la société et qu'il aurait suffi de s'en tenir au mot « tiers », regroupant naturellement créanciers et investisseurs, voire concurrents. Ce qui gêne davantage est que cette distinction subtile entre créanciers et tiers, qui a déjà révélé ses pièges en droit des sociétés³⁷, ne permet pas réellement de

28 V. sur la critique du mot « opposants », F.-X. Lucas, « Présentation de l'ordonnance portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collective » : BJE mars 2014, p. 111, n° 111b7.

29 R. Dammann et G. Podeur, « Loi *Macron* : la prise de contrôle d'une société par ses créanciers », préc.

30 Dir. PE et Cons. UE n° 2012/30, 25 oct. 2012, art. 29.

31 Cons. const., n° 2015-715 DC, préc., considérant que les dispositions contestées n'ont pas pour objet de transposer une directive. On lit, en revanche, dans les travaux préparatoires que la compétence de l'assemblée est préservée, seules étant affectées les modalités d'adoption de la décision, Rapp. Comm. spéc. n° 2498, préc.

32 Cass. com., 21 janv. 2014, n° 13-10151 : Bull. civ. IV, n° 16 ; BJS avr. 2014, p. 212, n° 111u8, note D. Poracchia et H. Barbier ; D. 2014, p. 647, note N. Borga.

33 Étude d'impact, préc., p. 133.

34 C. com., art. L. 631-19, auquel il est fait un renvoi.

35 C. com., art. L. 631-19-2, al. 8, traitant en réalité de la cession forcée de droits sociaux.

36 C. com., art. L. 631-19-2, al. 3.

37 V. Cass. com., 3 mai 2012, n° 11-14844 : BJS juill. 2012, p. 571, n° 301, note J.-F. Barbière.

savoir si, n'étant pas un « tiers » mais étant tout de même créancier, un associé titulaire d'un compte courant d'associé (et plus généralement d'une créance sur sa société) peut bénéficier de l'opération. Pourtant, une telle possibilité aurait été souhaitable. Pourquoi un associé-créancier ne pourrait-il pas, à l'instar des autres créanciers, contribuer au redressement de la société par une conversion de sa créance en capital³⁸ ? Hélas, le manque de clarté n'est pas la principale inquiétude suscitée par la loi. Ce qui inquiète le plus tient à la condition d'associés de ces créanciers ou investisseurs que la loi place au centre du dispositif. Il y a là d'abord, un questionnement commun aux deux hypothèses d'éviction des associés – la cession forcée et l'augmentation de capital forcée. Ces repreneurs sont l'incarnation des associés-bailleurs de fonds³⁹, « catégorie » dont la loi vient ainsi grossir les rangs. Or, cela appelle des réserves.

Ces repreneurs seront-ils bien conscients du risque que sous-tend la qualité d'associé et ne seront-ils pas dupés par l'espoir d'un « dividende symbolique »⁴⁰ ? Le danger est même que l'opération aggrave au final leur situation au lieu de l'améliorer, compte tenu des contraintes sous-jacentes à la qualité d'associé : perte de leurs « apports », difficultés à céder leurs droits sociaux, risque d'exclusion ou de dilution... Au-delà, l'idée est *a priori* de faire des repreneurs de véritables associés œuvrant au redressement de la société et prenant une part active à son fonctionnement. Ils risqueraient sinon de perdre définitivement leurs créances ou leurs mises sur le fondement de l'obligation de contribuer aux pertes. En d'autres termes, une nouvelle figure fait son apparition au sein de la société en difficulté – celle de « l'associé-bailleur de contrôle ». Quand bien même il s'agirait souvent de créanciers ou investisseurs institutionnels, l'idée ne va pas de soi. Seront-ils à même d'assumer pleinement l'*affectio societatis* d'associés de contrôle ? En auront-ils les compétences, la responsabilité ? Rien n'est moins sûr et il est à parier que les agences de conseil en vote auront ici un terrain fertile à occuper. Sans parler des conséquences que la jurisprudence – déjà intime avec la notion d'associé-bailleur⁴¹ – pourrait tirer de cette configuration atypique.

Ensuite, ces difficultés d'ordre général pourraient être exacerbées dans le cas spécifique de l'augmentation de capital forcée. Dans la mesure où il n'y a pas ici d'ex-

clusion des associés hostiles à la reprise, mais uniquement une privation de vote cantonnée à la décision relative à l'augmentation de capital, les tensions pourraient reprendre, voire se multiplier entre les deux blocs d'associés au cours des assemblées ultérieures et conduire rapidement à l'échec du plan. Ce simple constat écorne en soi l'utilité de l'augmentation de capital forcée et fait douter de son intérêt.

Ce doute est amplifié par le maintien du droit préférentiel de souscription (DPS) des actionnaires.

B. Le maintien du droit préférentiel de souscription

Le moins que l'on puisse dire est que l'approche du législateur prête ici à discussion. Lorsque la société en difficulté est une société par actions, il est expressément prévu un DPS au profit des actionnaires anciens. Le texte reproduit, en effet, le mécanisme institué par l'article L. 225-132 du Code de commerce. L'alinéa 4 de l'article L. 631-19-2 prévoit ainsi que « si l'augmentation de capital est souscrite par apports en numéraire, les actions émises sont offertes par préférence aux actionnaires, proportionnellement à la partie du capital représentée par leurs actions », là où l'article L. 225-132, alinéa 2, énonce que « les actionnaires ont, proportionnellement au montant de leurs actions, un droit de préférence à la souscription des actions de numéraire émises pour réaliser une augmentation de capital ». Ce texte conçu pour forcer l'entrée dans le capital des repreneurs de la société en difficulté renoue alors, curieusement, avec la fonction égalitaire et anti-dilution du DPS⁴².

En lui-même, ce choix peut surprendre puisqu'il est en contradiction directe avec l'objectif de réaliser une augmentation de capital « réservée » aux créanciers ou tiers s'étant engagés à exécuter le plan. Sans doute, ce maintien du DPS se justifie-t-il par le souci d'atténuer l'atteinte au droit de propriété des actionnaires⁴³ et plus sûrement encore, de mettre à distance le grief de non-respect des prescriptions européennes relatives aux augmentations de capital⁴⁴. Le risque est pourtant de compromettre les équilibres déjà fragiles sur lesquels repose une telle restructuration. Aussi théorique qu'il puisse paraître face aux difficultés financières probables des actionnaires, l'exercice du DPS nuit beaucoup à la cohérence et à l'intérêt du système. À quoi bon exclure les actionnaires du droit de bénéficier de cette augmentation de capital « réservée » aux repreneurs et instituer ensuite au profit des mêmes actionnaires, un DPS inspiré du droit des sociétés ?

38 Comp. avec l'art. L. 631-9-1, relatif à la reconstitution des capitaux propres et qui n'exclut pas les associés.

39 V. entre autres, F.-X. Lucas, « Les actionnaires ont-ils tous la qualité d'associé ? Brefs propos discursifs autour du thème de l'associé et de l'investisseur » : RD banc. fin. 2002, p. 216.

40 V. A. Brunet et A. Ghozi, « Société en difficulté : la transformation des créances en participation au capital » in *Mélanges M. Germain*, LexisNexis – LGDG Lextenso, 2015, p. 201.

41 V. p. ex., F.-X. Lucas, note sous CA Paris, P. 5, ch. 6, 7 févr. 2013, n° 11/05209 : BJS juin 2013, p. 394, n° 192.

42 Sur laquelle, v. A. Couret, Le droit préférentiel de souscription de l'actionnaire, SRT Grenoble 1978.

43 V. Cons. const., n° 2015-715 DC, préc., cons. n° 143.

44 Dir. PE et Cons. UE n° 2012/30, 25 oct. 2012.

Plus gênant encore est le fait que les actionnaires ayant voté contre la modification du capital semblent également bénéficier du DPS, au même titre que les autres actionnaires⁴⁵. Ils pourront de la sorte, non seulement retrouver l'exercice de leur droit de vote lors des assemblées ultérieures, mais conserver en outre un pouvoir de nuisance. Curieuse démarche quand on sait que le texte a pour ambition de provoquer la « dilution forcée » des actionnaires récalcitrants⁴⁶...

Ne fallait-il pas prévoir ici une renonciation automatique au DPS⁴⁷, du moins concernant ces actionnaires-là, voire plus radicalement une suppression légale du DPS pour l'ensemble des actionnaires⁴⁸ ? L'on peut aussi se demander si au lieu d'un DPS, il n'aurait pas été plus pertinent d'instituer au profit des restants un droit de retrait semblable à celui créé par le même texte dans l'hypothèse de la cession forcée des droits sociaux, et qui paraît plus adapté à la protection de leurs intérêts financiers⁴⁹.

D'un point de vue purement technique, le texte n'est pas davantage satisfaisant, ne serait-ce qu'en raison de ses lacunes. Il n'y a notamment nulle trace d'une possibilité pour l'assemblée de supprimer le DPS. Peut-on le concevoir ? L'hésitation est permise, tant l'argument du maintien du DPS paraît justifier l'atteinte au droit

de propriété. Aucune référence n'est faite non plus à la possibilité de renoncer individuellement au DPS ou de le céder, même si l'on imagine mal que cela puisse ne pas se faire dans le contexte d'une société exsangue que les actionnaires sont impuissants à financer. Or, si la volonté était de s'en remettre sur ces points au droit commun de la société anonyme dans le silence du droit spécial, n'était-il pas plus judicieux de renvoyer aux articles L. 225-132 et suivants du Code de commerce plutôt que d'instituer un DPS *sui generis* ? Toutes ces questions restent en suspens et donneront du grain à moudre aux magistrats. Assurément, à le supposer justifié, le maintien du DPS méritait plus de soin...

En définitive, l'augmentation de capital forcée peine à imposer sa logique et risque de trouver une utilisation très marginale en pratique. Pensée comme une mesure moins drastique mais aussi moins efficace que la cession forcée et affligée de nombreuses imperfections, elle peut ne guère trouver à s'appliquer, sauf à imaginer des scénarios particuliers ou espérer quelques coups de pinceau législatifs. Dans tous les cas, la cession forcée l'emportera probablement de loin dans les rares cas où le texte nouveau recevra application.

45 Cons. const., n° 2015-715 DC, préc., consid. n° 143.

46 Étude d'impact, préc., p. 131.

47 Comp. C. com., art. L. 225-132, al. 5 et 6 et L. 225-178, al. 1.

48 V. en ce sens, R. Dammann et G. Podeur, « Loi *Macron* : la prise de contrôle d'une société par ses créanciers », préc.

49 Pour une comparaison avec le droit allemand sur ce point, v. Étude d'impact, préc., p. 132 et s.

La réforme des sociétés d'exercice des professions juridiques et judiciaires ^{114c6}

Henri HOVASSE

Professeur honoraire à la faculté de droit de Rennes

La loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques apporte un profond renouvellement dans les structures d'exercice des professions juridiques et judiciaires. La libéralisation sous le signe de laquelle cette loi a été placée a ouvert les structures de droit commun aux professions juridiques et judiciaires et a introduit une interprofessionnalité capitalistique quasi-complète entre elles.

La loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques comporte des dispositions de grande importance concernant les structures d'exercice des professions juridiques et judiciaires. Sans doute certaines de ces dispositions sont-elles d'application générale à toutes les professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, sans méconnaître le particularisme de

chacune, telles les professions de santé ou encore la profession d'architecte qui, les unes et les autres, font l'objet de règles spécifiques. Mais les innovations les plus marquantes ont été réservées par le législateur aux sociétés d'exercice des professions juridiques et judiciaires qui rassemblent les huissiers de justice, les notaires, les commissaires-priseurs judiciaires, les avocats y compris les avocats au Conseil d'État et à la

Cour de cassation, les administrateurs judiciaires et les mandataires judiciaires.

L'objectif essentiel poursuivi par le législateur est de promouvoir des « entreprises du droit » qui soient fortes et adaptées au marché¹. Pour ce faire, il leur faut des capitaux et de l'interprofessionnalité.

« Les entreprises du droit », bien qu'il s'agisse de prestataires de services, n'en ont pas moins besoin de capitaux pour se développer. Il leur faut aussi pouvoir établir des liens capitalistiques dans une perspective de collaboration ou de concentration. Nul investisseur n'acceptera de s'engager si le contrôle de la société est réservé aux seuls professionnels y exerçant leur activité. L'attractivité d'une société pratiquant une profession juridique ou judiciaire implique que le contrôle sociétaire et l'exercice de l'activité professionnelle puissent relever de personnes différentes.

La compétitivité des « entreprises du droit » requiert qu'elles puissent pratiquer l'interprofessionnalité. Cet objectif n'est pas nouveau. Les ambitions en la matière sont susceptibles de degrés. À cet égard, il convient de distinguer entre l'interprofessionnalité d'exercice et l'interprofessionnalité capitalistique.

L'interprofessionnalité d'exercice est le plus haut degré d'intégration de professions différentes. Elle consiste en l'exercice de plusieurs professions au sein d'une même structure. L'article 2, alinéa 1^{er}, de la loi n° 66-879 du 29 novembre 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles et l'article 1, alinéa 2, de la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé et aux sociétés de participations financières de professions libérales (SPFPL) prévoyaient l'institution d'une telle interprofessionnalité. Les conditions devaient en être fixées par décret au Conseil d'État. En ce temps-là, les obstacles politiques et juridiques étaient sans doute trop difficiles à franchir. L'ambition de permettre une interprofessionnalité d'exercice n'est pas abandonnée puisque l'article 65 de la loi commentée autorise le Gouvernement à prendre par ordonnances, dans un délai de huit mois à compter de la promulgation de cette loi, les mesures destinées à faciliter la création de sociétés ayant pour objet l'exercice en commun des professions juridiques et judiciaires auxquelles sont jointes celles de conseil en propriété industrielle et d'expert-comptable. Le Gouvernement est autorisé à prendre de telles ordonnances mais il n'y est pas obligé !

L'institution d'une interprofessionnalité capitalistique est une voie moins escarpée. Les activités sont exercées dans des sociétés différentes – monoprofession-

nelles – mais des personnes issues d'autres professions juridiques ou judiciaires peuvent y prendre des participations. Une étape a été franchie dans cette voie par l'introduction des sociétés de participations financières, selon la double modalité des SPFPL monoprofessionnelles² et des SPFPL pluriprofessionnelles³. Au regard de l'objectif de l'interprofessionnalité, cette institution a été un échec. Celui-ci tenait à ce que le contrôle des SPFPL ne pouvait être détenu que par les praticiens d'une seule profession en exercice dans l'une des filiales⁴. Quel pouvait être l'intérêt pour des investisseurs d'une autre profession à participer au capital d'une société du contrôle de laquelle ils étaient exclus ?

Que l'interprofessionnalité capitalistique ait pour but de fortifier « les entreprises du droit » ou de faciliter leur collaboration, ou encore, leur concentration, il faut admettre, dans tous les cas, que le contrôle d'une société puisse ne pas être détenu par des professionnels de la même catégorie que ceux qui y exercent leur profession. C'est aussi admettre que l'activité d'un professionnel puisse être placée sous le contrôle d'un autre professionnel d'une autre profession. Une telle éventualité n'a pas manqué de susciter de la résistance. D'aucuns ont prétendu être exposés à « perdre leur âme » ! Le législateur a fait le choix de l'efficacité. Il a entendu lever les entraves à l'interprofessionnalité capitalistique entre des sociétés exerçant des professions juridiques et judiciaires. Au moins, la prééminence des professionnels du droit demeure assurée.

Les fins poursuivies par le législateur n'en ont pas moins pour effet de limer les spécificités des « entreprises du droit ». Aussi n'est-il pas surprenant qu'il leur permette de revêtir les formes sociétaires de droit commun (I). Il a également été conduit à libéraliser le régime des sociétés d'exercice libéral (SEL) et des SPFPL (II) dont l'avenir souffrira sans doute de la nouvelle concurrence des sociétés de droit commun.

I. La faculté de recourir aux sociétés de droit commun pour l'exercice des professions juridiques et judiciaires

Sous l'empire du droit antérieur à la loi du 6 août 2015, les professionnels du droit ne pouvaient s'associer qu'en recourant aux structures sociétaires conçues spécialement pour eux, telles les SCP, SEL et SPFPL, ou encore aux sociétés de droit commun qui leur étaient expressément ouvertes, telles les sociétés en par-

1 L'expression est empruntée à M. le professeur C. Nourissat, v. article à paraître in *Mélanges P. Serlooten*.

2 L. n° 90-1258, 31 déc. 1990, art. 31-1.

3 L. n° 90-1258, 31 déc. 1990, art. 31-2.

4 H. Hovasse, « La réforme des sociétés de participations financières de professions libérales » : *Défrénois* 30 juin 2011, p. 1102, n° 40039.

ticipation et les sociétés civiles de moyens. L'article 63 de la loi nouvelle a modifié la situation en profondeur puisqu'à présent elle autorise, de principe, le recours aux formes sociétaires de droit commun. Néanmoins le particularisme des professions juridiques et judiciaires porte une ombre sur le choix de ces sociétés de droit commun (A) et sur leur régime (B).

A. Le choix en faveur de sociétés de droit commun pour l'exercice des professions juridiques et judiciaires

La faculté d'adopter une société de droit commun est exprimée, avec les mêmes termes, dans le statut de chaque professionnel du droit : celui-ci « peut exercer sa profession (...) dans le cadre d'une entité dotée de la personnalité morale, à l'exception des formes juridiques qui confèrent à leurs associés la qualité de commerçant ». Ainsi, la situation des professionnels du droit est alignée sur celle de plusieurs professions réglementées à qui le législateur offre depuis longtemps un choix entre des structures spécifiques d'exercice et les sociétés de droit commun : à titre d'exemples, on peut citer les experts-comptables, les commissaires aux comptes ou encore les architectes. Les dispositions nouvelles appellent deux observations.

En premier lieu, le législateur exclut les sociétés qui confèrent la qualité de commerçant : sont ainsi visées les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite simple ou par actions. À cet égard, doit être soulignée la différence avec les SEL qui peuvent adopter la forme de société en commandite par actions mais on a pris soin de décider que « les associés commandités d'une SEL en commandite par actions n'ont pas de ce fait la qualité de commerçants. Ils répondent néanmoins indéfiniment et solidairement des dettes sociales »⁵. L'exclusion pratiquée par le législateur laisse, cependant, un choix très large qui peut être fait parmi les autres sociétés du livre II du Code de commerce. Mais il est également possible de recourir à la société civile des articles 1845 et suivants du Code civil.

En second lieu, notre droit propose aux professionnels du droit, le choix entre deux catégories de sociétés commerciales, celles du droit commun et les SEL, et entre deux catégories de sociétés civiles, celles du Code civil et les sociétés civiles professionnelles (SCP). Ce choix s'opère de façon discrétionnaire en considération des opportunités offertes par leur régime. Les statuts des sociétés devront indiquer, outre la forme adoptée, le régime juridique choisi parmi ceux proposés par le législateur.

B. Le régime des sociétés de droit commun pour l'exercice des professions juridiques et judiciaires

Le régime des sociétés de droit commun ne s'applique pas purement et simplement lorsque celles-ci sont constituées pour l'exercice de l'une des professions juridiques ou judiciaires. Des impératifs tenant à leur nature ont conduit le législateur à restreindre leur sociétariat et à régler leur gestion.

1. Le sociétariat des sociétés de droit commun pour l'exercice des professions juridiques et judiciaires

Le législateur formule deux règles qui gouvernent la constitution du sociétariat. D'une part, « lorsque la forme juridique d'exercice est une société, le capital social et les droits de vote peuvent être détenus par toute personne exerçant une profession juridique ou judiciaire ou par toute personne légalement établie dans un État membre de l'Union européenne, dans un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen [EEE] ou dans la Confédération suisse qui exerce dans l'un de ces États, une activité soumise à un statut législatif ou réglementaire ou subordonnée à la possession d'une qualification nationale ou internationale reconnue, et exerçant l'une quelconque des dites professions et, s'il s'agit d'une personne morale, qui satisfait aux exigences de détention du capital et des droits de vote prévues par la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 [précitée] ». D'autre part, « toute société doit au moins comprendre, parmi ses associés, [un professionnel] remplissant les conditions requises pour exercer ses fonctions ». Trois aspects de ces dispositions méritent d'être mis en évidence.

En premier lieu, le sociétariat est déterminé, du moins partiellement, par l'objet de la société. Parmi les associés, doit figurer au moins un professionnel pour exercer l'activité statutaire. Par exemple, si la société a pour objet la profession d'avocat, elle doit compter, parmi ses associés, au moins un avocat qui exercera la profession.

En revanche, le législateur ne formule aucune exigence quant au pourcentage de capital ou de droits de vote que doivent détenir les associés qui exerceront la profession de l'objet social. En d'autres termes, il ne requiert pas que les professionnels en exercice tiennent une place dominante en capital ou en droit de vote. Bien plus, leur participation peut n'être que symbolique.

En second lieu, le solde du capital et des droits de vote doit être détenu par des personnes physiques ou morales relevant des professions juridiques et judiciaires mais là s'arrête l'exigence du législateur. Aucun lien ni aucune limite ne sont imposés en considération

⁵ L. n° 90-1258, 31 déc. 1990, art. 13, al. 2.

des professions juridiques et judiciaires des associés au regard de l'objet social, ce qui permet une libre interprofessionnalité capitalistique. Ainsi des avocats pourraient détenir la quasi-totalité du capital et des droits de vote d'une société d'huissiers de justice. Cette souplesse doit être corrigée par deux restrictions.

D'une part, s'agissant des associés, personnes physiques, le législateur vise celles « exerçant une profession juridique ou judiciaire ». Peu importe qu'elles exercent dans la société ou dans le cadre d'une autre structure mais ce doit être des professionnels en exercice. Il en résulte que dès que ces professionnels cessent d'exercer, pour quelque cause que ce soit, ils ne peuvent plus être associés d'une société de droit commun ayant pour objet une ou plusieurs professions juridiques ou judiciaires.

D'autre part, s'agissant des personnes morales, le législateur requiert qu'elles satisfassent aux exigences de détention du capital et des droits de vote prévues pour les SEL et les SPFPL. Incontestablement, de telles sociétés peuvent prendre des participations dans des sociétés de droit commun d'exercice des professions juridiques et judiciaires, mais ces prises de participation peuvent aussi être l'œuvre de sociétés de droit commun, à la condition que leur sociétariat soit conforme à celui requis des SEL et des SPFPL. La liberté nouvelle dans la constitution du sociétariat des sociétés de droit commun permet ainsi d'envisager la formation de vrais groupes d'« entreprises du droit » à la tête desquels des sociétés mères pourront imposer leur stratégie à leurs filiales. Néanmoins, on ne peut manquer de constater que le législateur ne fait aucune place, même minime, à des investisseurs étrangers aux professions juridiques et judiciaires. Une telle possibilité aurait permis, à tout le moins, de régler certaines difficultés de fonctionnement de ces sociétés.

En troisième lieu, le législateur s'est abstenu de prévoir la sanction des règles relatives au sociétariat des sociétés de droit commun pour l'exercice des professions juridiques et judiciaires. Les statuts peuvent y pourvoir en stipulant la perte automatique de la qualité d'associé en cas de disparition des conditions à laquelle celle-ci est subordonnée. Des sanctions disciplinaires peuvent être également envisagées. La carence législative sera sans doute comblée par le décret en Conseil d'État auquel renvoie le législateur : « Dans le respect des règles de déontologie applicables à chaque profession, un décret [d'application] détermine les conditions d'application [de ces dispositions]. Il présente notamment les conditions d'inscription et d'omission de ces sociétés auprès de l'autorité professionnelle compétente ». Ce même décret a vocation à préciser les dispositions réglant la gestion de ces sociétés de droit commun.

2. La gestion des sociétés de droit commun pour l'exercice des professions juridiques et judiciaires

Le législateur se montre elliptique pour régler la gestion des sociétés de droit commun pour l'exercice des professions juridiques et judiciaires. Il se borne à disposer qu'« au moins un membre de la profession [objet de la société] exerçant au sein de la société doit être membre du conseil d'administration ou du conseil de surveillance de la société ». L'exigence est modeste.

En premier lieu, la disposition formulée par le législateur n'a vocation à s'appliquer qu'aux sociétés dotées par la loi de tels conseils : il s'agit, en l'espèce, exclusivement des sociétés anonymes. Il est vrai que, par voie statutaire, on pourrait créer de semblables conseils dans les SAS, voire les SARL. Mais la disposition législative ne semble pas pouvoir être étendue à ces situations.

En second lieu, il est révélateur des objectifs poursuivis par le législateur que les fonctions de gérance ou de direction générale ne sont pas réservées à des praticiens exerçant dans la société : ces fonctions peuvent même être exercées par des personnes qui ne relèvent pas des professions juridiques et judiciaires. En laissant jouer la liberté à cet égard, le législateur a levé une entrave importante à l'investissement, à l'interprofessionnalité et à la concentration des « entreprises du droit ».

L'accomplissement des actes professionnels relève assurément des seuls professionnels en exercice dans la société. Le législateur ne règle pas la question de la responsabilité civile du professionnel qui agit en qualité d'associé ou de dirigeant. La jurisprudence y a pourvu en étendant aux sociétés de droit commun, les dispositions applicables aux associés de SCP⁶ et de SEL⁷. Un professionnel libéral agissant en qualité d'associé ou de dirigeant d'une société répond personnellement des actes professionnels qu'il accomplit au nom de cette société, quelle qu'en soit la forme⁸. Quant à la société, elle est tenue *in solidum* avec le professionnel. Face à ces sociétés de droit commun, la partie aurait été assurément perdue pour les SEL et les SPFPL si le législateur n'avait pas entrepris concomitamment la libéralisation de leur régime.

6 L. n° 66-879, 29 nov. 1966, art. 16.

7 L. n° 90-1258, 31 déc. 1990, art. 16.

8 Cass. com., 23 mars 2010, n° 09-10791 : BJS mai 2010, p. 480, n° 96, note P. Merle ; Dr. sociétés 2010, n° 115, p. 25, note D. Gallois-Cochet ; Rev. sociétés 2010, p. 174, note J.-J. Daigre ; JCP E 2010, 1822, note J.-L. Navarro.

II. La libéralisation du régime des SEL et des SPFPL de professions juridiques et judiciaires

La libéralisation du régime des SEL et des SPFPL vise à développer l'interprofessionnalité capitalistique, en attendant l'interprofessionnalité d'exercice. Dans cette première étape, il s'agit de faciliter les opérations de collaboration entre les professions juridiques et judiciaires et de concentration en leur sein. Le régime des SEL et des SPFPL assurait une place prééminente aux professionnels en exercice. Les objectifs aujourd'hui fixés conduisent à la remise en cause de cette prééminence. Le législateur y a mis fin tant dans les SEL que dans les SPFPL. Ce faisant, il a dessiné un régime spécifique et dérogoire propre aux sociétés exerçant directement ou indirectement des professions juridiques et judiciaires. La libéralisation du régime des SEL (A) et des SPFPL (B) procède des mêmes idées et met en œuvre les mêmes techniques avec les seules adaptations qu'impose leur objet social.

A. La libéralisation du régime des SEL de professions juridiques et judiciaires

La libéralisation du régime des SEL concerne d'abord, leur sociétariat, puis leur gestion.

1. Le sociétariat des SEL de professions juridiques et judiciaires

La primauté des professionnels en exercice demeure le principe formulé dans l'article 5, 1°, de la loi du 31 décembre 1990 : « Plus de la moitié du capital social et des droits de vote doit être détenue, directement ou par l'intermédiaire des sociétés mentionnées au 4° du B du présent I, par des professionnels en exercice au sein de la société ». L'interprofessionnalité se trouve cantonnée au complément minoritaire auquel à présent peut accéder tout professionnel, personne physique ou morale, ressortissant de l'Union européenne ou de l'EEE ou encore de la Confédération suisse exerçant une activité selon des modalités équivalentes.

Mais ce principe de la primauté des professionnels en exercice est anéanti par les nouvelles dispositions de l'article 6 de la loi du 31 décembre 1990, du moins en ce qui concerne les professions juridiques et judiciaires. En effet, celui-ci dispose que « par dérogation au A du I de l'article 5 : (...) 3° pour les sociétés ayant pour objet l'exercice d'une profession juridique ou judiciaire, plus de la moitié du capital et des droits de vote peut aussi être détenue par des personnes, établies en France ou mentionnées au 6° du B du I de l'article 5, exerçant l'une quelconque des professions juridiques ou judiciaires. Cette société doit au moins

comprendre, parmi ses associés, une personne exerçant la profession constituant l'objet social de la société ». Le sociétariat des SEL de professions juridiques ou judiciaires se trouve aligné sur celui des sociétés de droit commun ayant pour objet l'exercice de ces mêmes professions (v. *supra*). Dès lors que parmi les associés figure un associé exerçant la profession juridique ou judiciaire objet de la société, fût-ce pour une part symbolique, tout le complément du capital ou des droits de vote peut être détenu par des associés relevant de professions juridiques ou judiciaires. En d'autres termes, un membre d'une telle profession peut ainsi être amené à exercer sa profession dans une société contrôlée par des associés d'une autre profession. Le Gouvernement n'est pas admis à apporter des restrictions à cette situation par voie de décret.

Très logiquement, le législateur a écarté pour les SEL de professions juridiques et judiciaires les dispositions de l'article 8 de la loi du 31 décembre 1990 qui réservaient le droit de vote double aux seules actions détenues par des professionnels en exercice dans la société. De la même manière, l'agrément des cessions de parts sociales ou d'actions n'est plus réservé aux associés exerçant leur profession dans la société (*in fine* L. n° 90-1258, 31 déc. 1990, art. 10).

Une fois par an, la SEL doit adresser à l'ordre professionnel dont elle relève un état de la composition de son capital social.

2. La gestion des SEL de professions juridiques et judiciaires

La libéralisation de la gestion accompagne celle du sociétariat. De principe, les personnes qui occupent les organes de gestion ou qui ont la qualité d'associés commandités peuvent être librement choisies hors des professionnels exerçant leur profession dans la société. D'ailleurs, il n'est pas requis que les gérants, directeurs généraux, administrateurs ou membres de conseils de surveillance appartiennent à des professions juridiques et judiciaires.

Néanmoins, lorsque la SEL comporte un conseil d'administration ou de surveillance, il doit comprendre au moins un membre, en exercice au sein de la société, de la profession constituant l'objet social de la société (*in fine* L. n° 90-1258, 31 déc. 1990, art. 12). Lorsque la SEL est une société en commandite par actions, l'un des commandités, au moins, doit être une personne physique exerçant sa profession dans la société (*in fine* L. n° 90-1258, 31 déc. 1990, art. 13).

B. La libéralisation du régime des SPFPL de professions juridiques et judiciaires

La libéralisation du régime des SPFPL de professions juridiques et judiciaires s'exprime par des dispositions

communes aux SPFPL monoprofessionnelles et aux SPFPL pluriprofessionnelles et par des dispositions spécifiques aux unes et aux autres.

1. Les dispositions communes à toutes les SPFPL

Ces dispositions nouvelles communes à toutes les SPFPL sont de deux sortes.

En premier lieu, les SPFPL monoprofessionnelles de professions juridiques et judiciaires peuvent, à présent, détenir des parts ou des actions de sociétés relevant du livre II du Code de commerce. À cet égard, elles sont devenues semblables aux SPFPL pluriprofessionnelles.

En second lieu, toutes les SPFPL sont admises, aujourd'hui, « à exercer toute autre activité, sous réserve d'être destinée exclusivement aux sociétés et aux groupements dont elles détiennent des participations ». La formulation est plus large que celle antérieurement en vigueur. À présent, il ne fait pas de doute que les SPFPL peuvent détenir des immeubles ou des parts de SCI, dès lors que les immeubles sont loués aux filiales. Elles peuvent aussi fournir toutes prestations comptables, juridiques ou encore de gestion. Ainsi, une SPFPL pourrait être présidente d'une société par actions simplifiées, ce qui lui permettrait d'accéder à la qualification de société *holding* animatrice de groupe.

2. Les dispositions spécifiques aux SPFPL monoprofessionnelles et aux SPFPL pluriprofessionnelles

a. Les dispositions spécifiques aux SPFPL monoprofessionnelles

En premier lieu, l'article 31, 1, III, alinéa 1^{er}, dispose que le capital et les droits de vote d'une SPFPL monoprofessionnelle d'une profession juridique ou judiciaire peuvent être détenus par des personnes de l'une quelconque des professions juridiques et judiciaires. En d'autres termes et, par exemple, le capital et les droits de vote d'une SPFPL de notaires pourraient être détenus par des avocats.

En second lieu, les organes de contrôle de la société doivent comprendre au moins une personne exerçant la même profession que celle exercée par les sociétés faisant l'objet de la détention des parts ou actions (L. n° 90-1258, 31 déc. 1990, art. 31, 1, III, al. 3). Encore faut-il que la société soit dotée d'un organe de contrôle, tel n'est pas le cas de la SARL et de la SAS, sauf stipulations statutaires. La disposition en réalité ne concerne que la SA et la SCA ; au surplus la contrainte est légère.

En troisième lieu, une fois l'an, les SPFPL monoprofessionnelles doivent adresser à l'ordre professionnel

dont elles relèvent un état de la composition de leur capital (L. n° 90-1258, 31 déc. 1990, art. 31, 1, IV, *in fine*).

b. Les dispositions spécifiques aux SPFPL pluriprofessionnelles

En premier lieu, pour s'en tenir aux seules professions juridiques et judiciaires, le sociétariat des SPFPL pluriprofessionnelles appelle deux séries d'observations.

D'une part, plus de la moitié du capital et des droits de vote doit être détenue par des personnes exerçant la ou les mêmes professions que celles exercées par les sociétés dans lesquelles sont détenues des participations. Mais si l'une des filiales exerce une profession juridique ou judiciaire, les exigences de capital et de droit de vote peuvent être satisfaites par une personne appartenant à l'une quelconque des professions juridiques et judiciaires (L. n° 90-1258, 31 déc. 1990, art. 31, 2, 11, al. 1).

D'autre part, lorsque la SPFPL a pour objet la détention de participations dans deux ou plusieurs sociétés exerçant des professions juridiques ou judiciaires différentes, la moitié du capital et des droits de vote peut être détenue par des personnes exerçant l'une quelconque des professions juridiques ou judiciaires (L. n° 90-1258, 31 déc. 1990, art. 31, 2, III, al. 1).

En second lieu, « les gérants, le président et les dirigeants de la société par actions simplifiée, le président du conseil d'administration, les membres du directoire, le président du conseil de surveillance et les directeurs généraux ainsi que les deux tiers au moins des membres du conseil d'administration ou du conseil de surveillance doivent être choisis parmi les personnes exerçant les mêmes professions que celles exercées par les sociétés faisant l'objet de la détention des parts ou actions ». Mais si l'une des sociétés filiales a pour objet l'exercice d'une profession juridique ou judiciaire, les exigences relatives aux organes de gestion peuvent être satisfaites par un professionnel relevant de l'une quelconque des professions juridiques et judiciaires.

En conclusion, deux traits caractéristiques surgissent des dispositions nouvelles examinées concernant les professions juridiques et judiciaires. D'une part, le déclin de la place des professionnels en exercice au sein des sociétés : il en résulte que la participation au capital l'emporte sur l'activité professionnelle. D'autre part, les professions juridiques et judiciaires sont traitées par le législateur comme appartenant à une même famille. Il a levé tous les obstacles à une interprofessionnalité capitalistique. Celle-ci prépare une interprofessionnalité d'exercice dont la réalisation soulèvera des difficultés d'une autre nature.

Les droits des salariés à l'égard de la société après la loi *Macron* ^{114d1}

Bernard SAINTOURENS

Professeur à l'université de Bordeaux

Institut de recherche en droit des affaires et du patrimoine – IRDAP

Si l'on tente d'identifier les dispositions de la loi *Macron* qui concernent les droits des salariés en lien le plus direct avec le fonctionnement d'une société, le résultat est assez modeste, sur le plan quantitatif, mais mérite de retenir l'attention au regard des points de droit qui sont impactés. La réécriture, assez profonde, de l'obligation d'information des salariés avant toute vente de droits sociaux, assurant le contrôle de la société, illustre une volonté de reprise du dispositif existant dans un sens restrictif, susceptible d'aller jusqu'à sa disparition. Les autres réformes sont plus ambivalentes quant à l'objectif poursuivi. Elles peuvent profiter aux salariés (not. attribution gratuite d'actions) comme aboutir à une très sensible réduction de la garantie de leurs droits (not. sanction du délit d'entrave).

La loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite et ci-après citée « loi *Macron* », comporte un très important volet social. Même amputée des dispositions relatives à l'indemnisation forfaitaire des salariés licenciés sans cause réelle et sérieuse, jugées inconstitutionnelles¹, la loi modifie assez profondément nombre des règles qui touchent au statut individuel ou collectif des salariés. Outre la forte médiatisation donnée aux règles relatives au travail du dimanche, doivent notamment retenir l'attention les règles nouvelles relatives à la justice prud'homale, l'épargne salariale ou encore la prestation de service internationale illégale.

Dans le cadre de la présente étude, ont été sélectionnées les dispositions nouvelles qui visent les droits reconnus aux salariés qui sont en lien le plus direct avec le fonctionnement d'une société commerciale. Il est difficile de trouver une orientation générale. Sur certains points, les règles nouvelles peuvent apparaître au bénéfice des salariés, ainsi en est-il de la modification du régime de l'attribution gratuite d'actions, alors que sur d'autres, on peut considérer qu'il y a un réel recul au regard du droit antérieur, l'importante réécriture du dispositif d'information des salariés en cas de cession du contrôle de la société ou encore la réforme des sanctions applicables en cas de délit d'entrave en sont d'incontestables illustrations.

Dès lors qu'il n'est guère envisageable de trouver un mouvement général aux réformes touchant aux droits des salariés dans la société, les points les plus importants seront examinés successivement. En premier lieu, c'est la réduction du droit d'information des salariés en cas de vente des droits sociaux qui doit être envisagée (I). Ensuite, les ajustements réalisés au régime juridique, social et fiscal touchant à l'attribu-

tion gratuite d'actions (II) ainsi qu'aux bons de souscription de parts de créateur d'entreprise (III) seront identifiés. Enfin, la réforme des sanctions attachées au délit d'entrave aux institutions représentatives du personnel (IV) sera examinée, en ce qu'elle va probablement au-delà de son apparente d'innocuité.

I. Réduction du droit d'information des salariés en cas de vente des droits sociaux

Poursuivant un objectif visant à favoriser la reprise d'entreprise en général, la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 sur l'économie sociale et solidaire avait institué un droit d'information des salariés en cas de cession de l'entreprise qui les emploie². Le dispositif mis en place s'était avéré complexe, imparfait et avait suscité de sérieuses réserves et critiques. Un rapport parlementaire³ avait d'ailleurs pointé la nécessité de faire évoluer sensiblement le cadre normatif. La loi du 6 août 2015 a donc été saisie comme une opportunité pour apporter aux règles en vigueur des modifications qui sont en définitive importantes, et qui pourraient même, le cas échéant, réduire à bien peu de choses le droit reconnu aux salariés. Plusieurs points font l'objet d'une réécriture ou d'adjonctions qui touchent le domaine d'application du dispositif légal, ses modalités de mise en œuvre et la sanction encourue en cas de non-respect des règles établies⁴.

Le dispositif normatif nouveau, tel qu'il résulte de la loi *Macron*, entrera en vigueur à une date qui sera fixée

¹ Cons. const., 5 août 2015, n° 2015-715 DC : JO 7 août 2015.

² V. B. Dondero, « L'information des salariés sur la cession d'entreprise issue de la loi ESS » : BJS oct. 2014, p. 408, n° 112n8 ; D. Poracchia, P. Portier et N. Goetz, « Loi ESS et l'option d'achat de leur entreprise par les salariés : un choc de complexité » : BJS nov. 2014, p. 454, n° 112s9.

³ Rapport d'évaluation du droit d'information préalable des salariés en cas de cession de leur entreprise, F. Dombre-Coste, 18 mars 2015 : BJS avr. 2015, p. 170, n° 113k0.

⁴ L. n° 2015-990, 6 août 2015, art. 204.

par décret et au plus tard six mois après la promulgation de la loi.

A. Restriction du champ d'application de l'obligation d'information

Limitation de l'obligation d'information aux seules « ventes » de droits sociaux.— Le champ d'application de l'obligation d'information des salariés se trouve doublement réduit par l'effet de la loi du 6 août 2015. Il est d'abord réduit par la substitution du mot « vente » au mot « cession » qui figurait dans la version initiale du dispositif légal. C'est justement parce que la « cession » avait une connotation englobante et pouvait s'appliquer à des opérations telles que la donation, la dation en paiement, l'échange ou l'apport en société que cette référence a été corrigée et que la « vente », notion juridique au contenu prédéfini, a été préférée, en ce qu'elle permettait de donner un champ d'application bien plus réduit au droit d'information des salariés. L'exclusion des donations de droits sociaux résulte donc clairement du droit nouveau, quelles que soient les personnes en présence. Les transmissions résultant de liquidation de communauté entre époux étant écartées du dispositif, puisqu'il ne s'agit pas de vente, l'exclusion figurant initialement aux articles L. 23-10-6 et L. 23-10-12 du Code de commerce est logiquement supprimée.

Exclusion de l'obligation d'information spécifique à une vente, en cas d'information générale réalisée sur la reprise d'une société par ses salariés.— Il faut noter, en outre, que la réduction des hypothèses d'application de cette obligation d'information résulte également (et sans doute surtout) de l'adjonction, aux articles L. 23-10-6 et L. 23-10-12 du Code de commerce, d'un cas d'exclusion. L'information préalable des salariés n'aura pas à être effectuée si, au cours des douze mois qui précèdent la vente, celle-ci a déjà fait l'objet d'une information en application de l'article 18 de la loi du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire. On sait que ce texte prévoit, pour les sociétés commerciales de moins de 250 salariés, une obligation d'information des salariés, au moins tous les trois ans, sur les conditions juridiques, les avantages et les difficultés de la reprise d'une société par ses salariés, ainsi que sur les aides dont ils peuvent bénéficier. En l'absence de publication du décret d'application prévu, ce dispositif n'est pas encore entré en vigueur. Cet article 18 est, en outre, complété par la loi *Macron* pour y ajouter que cette information doit aussi porter sur les conditions générales de l'entreprise relatives à la détention de son capital, notamment sur le contexte et les conditions d'une cession de celle-ci et, le cas échéant, sur le contexte et les conditions d'un changement capitalistique substantiel. La formulation est

assez vague, évidemment volontairement, pour que l'on puisse s'en tenir à des généralités et l'on est sûr que ne manqueront pas de fleurir assez vite des modèles de formules « passe-partout » qui permettront de considérer que la société a rempli ses obligations au regard du texte légal.

En définitive, lorsque le dispositif d'information générale sur la reprise d'une société par ses salariés sera entré en vigueur, à la suite de la publication du décret attendu, il suffira aux sociétés de s'acquitter de leur obligation d'information générale, au moins tous les douze mois pour que l'obligation d'information préalable des salariés, à l'occasion d'une cession de contrôle, n'ait plus à être respectée. On ne peut que regretter que cette façon de saborder totalement le dispositif d'information des salariés à l'occasion d'un projet de vente des droits sociaux n'ait pas été plus fortement dénoncée et son insertion insidieuse dans un article qui tente de se présenter sous les atours avantageux du pragmatisme (éviter un cumul de démarche d'information) n'est sans doute pas à l'honneur de ses inspireurs. Techniquement, on peut même relever qu'il y a une grave maladresse dans le texte en cause puisqu'il fait référence à une information qui porterait sur une « vente », réalisée en application de l'article 18 de la loi du 31 juillet 2014, or cette information est générale et ne porte aucunement sur une « vente » en particulier ; le mot ne figure même pas dans ce texte. Malgré ce qui a pu être présenté pour justifier ce cas d'exclusion, il n'y aurait pas de cumul d'informations, puisque l'objet de chacune n'est pas le même.

B. Précisions quant à la mise en œuvre du dispositif légal

Destinataire de l'offre des salariés.— Dans la version initiale des textes relatifs à l'information des salariés, l'offre d'achat qui pouvait émaner de l'un (ou plusieurs) d'entre eux devait être présentée au « cédant ». Pour être logique, cette règle pouvait s'avérer source de difficultés dans des hypothèses où l'identification précise du « cédant » pouvait être délicate. On pense notamment à des situations de portage de titres ou de détention par des sociétés ayant leur siège à l'étranger. La réforme réalisée par la loi *Macron* consiste à faire introduire la distinction selon que le propriétaire des droits sociaux est ou non le chef d'entreprise. Au regard des modifications apportées par la loi *Macron* aux articles L. 23-10-1 et L. 23-10-7 du Code de commerce, lorsque le propriétaire des titres dont la cession est envisagée n'est pas le chef d'entreprise, la notification de l'intention de vendre est faite à ce dernier et le délai d'information des salariés de deux mois avant la vente court à compter de cette notification. Il appartient alors au chef d'entreprise de notifier sans délai

cette information en leur indiquant qu'ils peuvent présenter au cédant une offre d'achat. Pour l'exercice, éventuel, par les salariés de leurs droits, la réforme réalisée consiste à préciser que le chef d'entreprise notifie sans délai au propriétaire toute offre d'achat présentée par un salarié. En revanche, lorsque la participation, objet de la vente projetée, est détenue par le chef d'entreprise, il lui appartient de notifier sa volonté de vendre directement aux salariés en les informant qu'ils peuvent lui présenter une offre d'achat et le délai de deux mois, sus-évoqué court à compter de la date de cette notification.

Preuve de la réalisation de l'information et point de départ des délais.— L'accomplissement de l'obligation d'information préalable des salariés doit être réalisé par tout moyen de nature à rendre certaine la date de sa réception par ces derniers. Lorsqu'elle est réalisée par l'envoi d'une lettre recommandée, une incertitude demeurait quant au point de départ du délai de deux mois à l'issue duquel la cession peut être réalisée, pour les entreprises sociétaires de moins de 50 salariés et aussi, dans toutes les entreprises concernées, celui du délai de deux ans dans lequel doit être réalisée la vente, sous peine de devoir recommencer la procédure d'information.

En optant pour la date de la première présentation de la lettre au salarié concerné, la loi nouvelle rend le dispositif plus sûr et pourrait même avoir un effet vertueux en encourageant le salarié à prendre connaissance de cette lettre rapidement puisque les délais applicables aux actions qui peuvent lui être ouvertes pour la défense de ses intérêts ont déjà commencés à courir.

C. Substitution d'une amende à la sanction de nullité en cas de manquement à l'obligation d'information

Disparition du risque de nullité de la vente des droits sociaux.— Les articles L. 23-10-1 et L. 23-10-7 du Code de commerce prévoyaient que la cession de titres intervenue en violation de l'obligation d'information préalable des salariés pouvait être annulée à la demande de tout salarié. Il avait été observé que cette sanction de nullité portait préjudice tant au cédant qu'au cessionnaire et pouvait même se révéler préjudiciable pour l'entreprise elle-même. Le Conseil constitutionnel, dans le cadre d'une décision en date du 17 juillet 2015⁵, avait déclaré inconstitutionnelle cette nullité. Les juges constitutionnels ont estimé qu'au regard de l'objet de l'obligation dont la méconnaissance est sanctionnée et des conséquences d'une nullité pour les parties, l'action en nullité prévue par

les dispositions contestées porte une atteinte manifestement disproportionnée à la liberté d'entreprendre. Le Conseil constitutionnel a donc déclaré contraires à la Constitution les alinéas 4 et 5 de l'article L. 23-10-1 et les alinéas 3 et 4 de l'article L. 23-10-7 du Code de commerce et indiqué que sa décision, emportant abrogation des textes en cause, prenait effet à compter de la publication de sa décision (c'est-à-dire, le 19 juillet 2015) et était applicable à toutes les affaires non jugées définitivement à cette date. Le terrain ayant été, en quelque sorte, dégagé par le Conseil constitutionnel, la loi *Macron* est intervenue pour remplacer la sanction de nullité, disparue, par une sanction pécuniaire. *L'instauration d'une amende civile.*— Le non-respect de l'obligation d'information des salariés, préalablement à une vente de droits sociaux entrant dans son champ d'application, n'encourt désormais, compte tenu de la réforme réalisée par la loi *Macron*, qu'une amende civile, plafonnée à 2 % du montant de la vente. Sans être dérisoire, l'intensité de la sanction peut apparaître bien supportable et de nature à être, le cas échéant, intégrée dans le prix de vente lorsque l'acquéreur entendra ne pas être supplanté par un salarié dans sa prise du contrôle de la société en cause.

Il convient en outre de relever que le prononcé de cette amende suppose qu'une action en responsabilité ait été engagée à l'encontre du cédant pour non-respect de son obligation d'information préalable. D'un point de vue procédural, on notera également que la juridiction saisie de l'action en responsabilité ne pourra prononcer l'amende civile qu'à la demande du ministère public.

Au résultat de cette réforme, et pour tenir compte à la fois de la décision du Conseil constitutionnel, en date du 17 juillet 2015, et des conditions d'entrée en vigueur du dispositif nouveau, une approche chronologique permet de synthétiser la situation. Pour les actions en nullité qui auraient pu être intentées antérieurement à la décision du Conseil constitutionnel et qui auraient abouti à un jugement définitif prononçant la nullité avant le 19 juillet 2015 (date de la publication de la décision au *Journal officiel*), cette sanction doit produire ses effets. Pour les actions en nullité qui n'ont pas fait l'objet d'un jugement définitif au 19 juillet 2015, la sanction de nullité ne peut plus être prononcée, puisque la décision d'inconstitutionnalité produit un effet d'abrogation des textes censurés. La juridiction saisie ne peut prononcer aucune sanction tant que le décret attendu destiné à provoquer l'entrée en vigueur des dispositions nouvelles n'est pas publié. Pour l'avenir, à compter de la publication dudit décret, le régime nouveau s'appliquera et la sanction d'amende supposera réunies les conditions ci-dessus indiquées (action en responsabilité intentée par un salarié et demande formulée en

⁵ Cons. const., 17 juill. 2015, n° 2015-476 QPC : JO 19 juill. 2015.

ce sens par le ministère public). En toute hypothèse, hier, aujourd'hui, comme demain, il apparaît évident que la responsabilité de la personne tenue d'effectuer l'information des salariés peut être recherchée sur la base du droit commun de la responsabilité civile, sous les conditions habituelles de preuve de la faute commise, du préjudice souffert et de l'établissement du lien de causalité.

II. Attractivité renforcée de l'attribution gratuite d'actions aux salariés

La loi *Macron* a été saisie comme une opportunité pour relancer l'attribution d'actions gratuites aux salariés, un rôle incitatif au développement des entreprises leur ayant été reconnu. De manière assez ponctuelle mais sensible, la loi du 6 août 2015 assouplit les modalités de leur attribution sur plusieurs points⁶. Par ailleurs, le régime fiscal et social de ces titres est modifié dans un sens favorable aux salariés ainsi qu'à la société. Les règles nouvelles seront applicables aux actions gratuites dont l'attribution sera autorisée par une décision de l'assemblée générale extraordinaire postérieure à la publication de la loi.

Assouplissement des modalités d'attribution des actions gratuites.— Par une modification de l'article L. 225-197-1 du Code de commerce, le régime juridique des attributions des actions gratuites est assoupli. La durée minimale pour acquérir les actions est réduite de deux ans à un an. Par ailleurs, la fixation d'une période de conservation des actions par l'assemblée générale autorisant l'attribution n'est plus obligatoire ; elle devient une simple faculté. Enfin, la durée cumulée des périodes d'acquisition et de conservation des actions ne peut pas être inférieure à deux ans.

Amélioration du régime fiscal et social des actions gratuites.— L'avantage retiré de l'attribution gratuite des actions, c'est-à-dire le gain d'acquisition, égal à la valeur des actions, est imposé non plus dans la catégorie des traitements et salaires mais comme une plus-value de cession (CGI, art. 80 *quaterdecies* mod.). La règle nouvelle permet, notamment, d'appliquer au gain d'acquisition les divers abattements existants en considération de la durée de détention des titres. Le gain d'acquisition est soumis aux prélèvements sociaux sur les revenus du patrimoine au taux global de 15,5 % (CSS, art. L. 136-6 mod.) et non plus aux prélèvements sur les revenus d'activité au taux global de 8 %. Par ailleurs, le taux de la contribution patronale sur le gain d'acquisition passe de 30 % à 20 % et son exigibilité est reportée au mois suivant la date d'acquisition des actions par le bénéficiaire au lieu du mois suivant la date de la décision d'attribution. Une

autre mesure de faveur notable vise les PME (sociétés employant moins de 250 personnes et dont le chiffre d'affaires annuel n'excède pas 50 millions d'euros ou dont le total de bilan annuel n'excède pas 43 millions d'euros). Ces sociétés, dès lors qu'elles n'ont procédé à aucune distribution de dividende depuis leur création, ne sont plus redevables de la contribution patronale sur les actions gratuites attribuées dans la limite, par salarié, du plafond annuel de la sécurité sociale. Pour apprécier cette limite, il est fait masse des actions gratuites acquises pendant l'année en cours et les trois années précédentes. Ces conditions doivent être réunies à la date de la décision d'attribution et le bénéfice de cette exonération est subordonné au respect de la réglementation européenne relative aux aides *de minimis* (CSS, art. L. 137-13 mod.). Enfin, le gain d'acquisition n'est plus soumis à la contribution salariale spécifique prévue à l'article L. 137-14 du Code de la sécurité sociale.

III. Assouplissement des conditions d'attribution aux salariés de BSPCE

Certaines sociétés peuvent attribuer des bons de souscription de parts de créateur d'entreprise (BSPCE) à leurs salariés et dirigeants. Il s'agit, pour l'essentiel, de sociétés par actions soumises à l'impôt sur les sociétés et immatriculées depuis moins de 15 ans dès lors qu'elles ne sont pas cotées ou, dans le cas contraire, que leur capitalisation boursière est inférieure à 150 millions d'euros. La loi du 6 août 2015 vient favoriser cette attribution en élargissant son périmètre d'application⁷.

Attribution des bons aux salariés et dirigeants de filiales.— Les sociétés éligibles à ce dispositif peuvent désormais attribuer de tels bons aux salariés et dirigeants de leurs filiales, sous réserve du respect de conditions posées à l'article 163 *bis* G du Code général des impôts, tel que modifié par la loi nouvelle. Ainsi, le respect du plafond de capitalisation boursière de la société attribuant les bons est apprécié en faisant masse de sa propre capitalisation et de celle des filiales dont le personnel a bénéficié de distributions au cours des douze derniers mois. En outre, la société attribuant les bons doit détenir au moins 75 % du capital ou des droits de vote de la filiale concernée par l'attribution. Enfin, comme la société attribuant les bons, la filiale doit être passible de l'impôt sur les sociétés en France, elle ne doit pas avoir été créée dans le cadre d'une concentration, d'une restructuration, d'une extension ou d'une reprise d'activités préexistantes. Par ailleurs, elle ne doit pas être cotée ou, si elle l'est, sa capitalisation

6 L. n° 2015-990, 6 août 2015, art. 135.

7 L. n° 2015-990, 6 août 2015, art. 141.

boursière doit être inférieure à 150 millions d'euros et doit être immatriculée depuis moins de 15 ans.

Extension du dispositif aux sociétés créées dans le cadre d'une concentration, restructuration, extension ou reprise d'activités existantes – Le dispositif d'attribution des bons est étendu au profit de certaines sociétés. Il s'agit des sociétés issues d'une concentration d'une restructuration, d'une extension ou d'une reprise d'activités préexistantes. Cette extension est admise sous réserve que chaque société prenant part à l'opération réponde aux conditions pour attribuer les bons (v. *supra*). La capitalisation boursière à la suite de l'opération est appréciée en faisant masse de la capitalisation de l'ensemble des sociétés issues de cette opération. De même, la condition d'immatriculation depuis moins de 15 ans est appréciée en tenant compte de la date d'immatriculation de la plus ancienne des sociétés ayant pris part à l'opération.

IV. Redéfinition des sanctions en cas de délit d'entrave aux institutions représentatives du personnel

La loi *Macron* se livre à une réécriture des sanctions encourues en cas d'atteinte aux droits qui sont reconnus, par le Code du travail, aux institutions représentatives du personnel⁸. Toutes les institutions sont touchées par la réforme. Sont ainsi visés les textes relatifs, respectivement, aux délégués du personnel (C. trav., art. L. 2316-1), au comité d'entreprise (C. trav., art. L. 2328-1), au comité d'entreprise européen (ou à la procédure d'information et de consultation dans les entreprises de dimension communautaire ; C. trav., art. L. 2346-1), à l'implication des salariés dans la société européenne et au comité de la société européenne (C. trav., art. L. 2355-1), à l'implication des salariés dans la société coopérative européenne et au comité de la société coopérative européenne (C. trav., art. L. 2365-1), à la participation des salariés dans les sociétés issues de fusions transfrontalières (C. trav., art. L. 2375-1), au comité de groupe (C. trav., art. L. 2335-1) et, enfin, au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (C. trav., art. L. 4742-1).

Réduction du domaine d'application de la peine d'emprisonnement. – Alors que la version des divers textes ci-dessus visés antérieure à la loi *Macron* prévoyait qu'une peine d'emprisonnement d'un an pouvait être infligée tant en cas d'atteinte (ou de tentative) à la mise en place de l'institution représentative ou à la désignation de ses membres qu'en cas d'atteinte à son fonctionnement régulier, cette sanction est désormais réduite au seul cas d'atteinte à la mise en place de l'institution ou à la désignation des membres. Sans

doute observera-t-on que la peine de prison n'était que très rarement prononcée (si elle l'a même été une seule fois...) et que cet alignement du droit sur les faits ne serait guère ressenti. La réforme est toutefois symbolique et ne mérite pas de passer inaperçue. La peine de prison est un marqueur fort et traditionnel de l'importance de la règle dont la violation est ainsi sanctionnée. Ce sont les dispositions auxquelles la société attache le plus d'importance qui sont, traditionnellement, identifiées par le risque de privation de liberté encouru par celui qui ne les respecte pas. Au-delà de ces observations générales, on peut relever qu'il est assez étonnant que les atteintes à la mise en place des institutions représentatives du personnel soient toujours sanctionnées par un emprisonnement d'un an mais que les atteintes au fonctionnement régulier de ses mêmes institutions ne le soit plus. On a un peu l'impression que l'essentiel est que ces institutions soient présentes au sein de l'entreprise mais qu'en revanche, il est moins grave de faire obstacle à leur fonctionnement.

Il convient donc de retenir que, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 6 août 2015, le fait d'apporter une entrave au fonctionnement régulier d'une institution représentative du personnel ne fait encourir que le risque de devoir payer une amende.

Il faut également relever que la peine d'emprisonnement d'un an disparaît aussi pour l'hypothèse particulière d'entrave visée à l'article L. 2328-2 du Code du travail. Le fait, dans une entreprise d'au moins 300 salariés ou dans un établissement distinct comportant au moins 300 salariés, de ne pas établir et soumettre annuellement au comité d'entreprise ou d'établissement le bilan social prévu à l'article L. 2323-68 du Code du travail n'entraîne désormais qu'une peine d'amende.

Augmentation du montant de l'amende. – Peut-être pour tenter de rééquilibrer un peu le dispositif sanctionnateur, tel qu'il ressort de la loi *Macron*, le montant de l'amende, figurant initialement dans les textes visés, est doublé, pour être portée de 3 750 euros à 7 500 euros. Il est à noter que cette somme est identique quelles que soient l'institution en cause et la gravité de l'atteinte à ses droits. En valeur relative, l'augmentation peut être présentée comme spectaculaire. Le doublement d'une sanction pécuniaire est une démarche forte et, en définitive, sans doute assez rare. Pour autant, en valeur absolue, il est légitime de se demander si ce montant est bien de nature à jouer un rôle dissuasif pour les éventuels contrevenants. Il ne serait pas inimaginable que cette somme soit intégrée dans le coût d'une opération touchant la société (fusion, cession du contrôle...), dès lors que, pour diverses raisons, le respect du fonctionnement de l'institution représentative concernée n'apparaîtrait pas indispensable.

⁸ L. n° 2015-990, 6 août 2015, art. 262.

La loi *Macron* : autres mesures de droit des sociétés ^{114d6}

Bruno DONDERO

Professeur à l'école de droit de la Sorbonne (Paris 1)

La loi *Macron* enrichit le droit des sociétés, notamment en apportant plusieurs modifications aux règles de fonctionnement des sociétés commerciales. Le législateur s'est par ailleurs servi d'institutions préexistantes du droit des sociétés (la procédure des conventions réglementées, la société en commandite simple) pour construire le régime de nouvelles institutions mises en place par la loi *Macron* et destinées à favoriser le crédit et l'investissement.

1. Le déroulement tortueux du processus d'adoption de la loi *Macron* aura occupé la fin de l'année 2014 et une grande partie de l'année 2015. Les sujets abordés par le projet de texte étaient extrêmement nombreux, souvent sensibles, et le travail parlementaire a été complexe. C'est ainsi à trois reprises que le Gouvernement a recouru à l'article 49, alinéa 3°, de la Constitution pour faire adopter le texte par l'Assemblée nationale. La loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques étant devenue réalité juridique, chacun peut maintenant tenter d'identifier les éléments apportant des modifications à sa matière d'intérêt.

2. S'agissant du droit des sociétés, il faut vraiment passer au tamis les trois cent huit articles du texte – un peu moins en réalité, après la censure partielle opérée par le Conseil constitutionnel, dont il faut préciser qu'elle n'a pas supprimé de dispositions touchant le droit des sociétés¹. On tombe parfois en arrêt devant un bloc de textes, comme, au sein du Titre I^{er} de la loi, intitulé « Libérer l'activité », le chapitre IV, intitulé simplement « Dispositions relatives au capital des sociétés » (articles 67 et 68 de la loi). La loi *Macron* comporte-t-elle une réforme d'ensemble des opérations sur le capital des sociétés civiles et commerciales ? Que nenni, ce ne sont que les sociétés de professionnels libéraux qui sont concernées, ce qui explique que les seuls textes modifiés par cette partie de la loi *Macron* soient la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 relative aux sociétés d'exercice libéral, le Code de la santé publique et la loi n° 77-2 du 3 janvier 1977 sur l'architecture².

3. Que trouve-t-on dans la loi *Macron* au regard du droit des sociétés³ ? Si l'on écarte les dispositions relatives aux sociétés de professionnels⁴, celles rela-

tives aux entreprises en difficulté⁵, et celles touchant à la modification de la loi *ESS*, au régime des actions gratuites et BSPCE, aux retraites chapeau et plus largement au régime des salariés⁶, tous thèmes traités dans d'autres parties de ce dossier, la récolte est assez maigre. On trouve bien quelques retouches apportées au régime des SARL et des SA, ainsi que des dispositions applicables plus largement à toutes les sociétés commerciales. C'est à ces différents aspects de la loi *Macron* que nous consacrerons la première partie de notre commentaire (I). Nous aborderons ensuite dans une seconde partie deux blocs de dispositions touchant davantage au crédit, mais empruntant l'un et l'autre au droit des sociétés (II), avant d'évoquer rapidement quelques autres mesures de la loi *Macron* dont la mention nous semble utile (III).

I. Le droit des sociétés commerciales

A. Le déplacement du siège social des SARL facilité

4. La question du déplacement du siège social des SARL préoccupe visiblement beaucoup notre législateur. Son intérêt pour cette forme sociale est louable, car il ne faut jamais perdre de vue qu'il s'agit de la société la plus utilisée en France, et que toute amélioration de son régime juridique aura une résonance importante en pratique pour les 1,5 million de SARL existantes. Mais il n'y a qu'un pas de l'intérêt du législateur à l'instabilité normative. On se souvient que la loi relative à la simplification de la vie des entreprises du 20 décembre 2014 avait, reprenant une mesure suggérée par le Conseil pour la simplification des entreprises, opéré une série de modifications aux

1 Cons. const., 5 août 2015, n° 2015-715 DC.

2 Une disposition sans lien avec le capital des sociétés, seraient-elles des sociétés de professionnels libéraux, et qui figuraient à l'article 69 de la loi, a été supprimée par le Conseil constitutionnel.

3 V. D. Velardocchio, « Adoption de la loi Macron : réformes du droit des sociétés » : JCP E 2015, act. 612.

4 V. H. Hovasse, « La réforme des sociétés d'exercice des professions juridiques et judiciaires » : BJS oct. 2015, *supra*, n° 114c6.

5 V. R. Dammann et F.-X. Lucas, « Le nouveau dispositif de dilution ou d'éviction de l'associé qui ne finance pas le plan de redressement de la société » : BJS oct. 2015, *supra*, n° 114c4 ; I. Parachkévova, « L'augmentation de capital forcée dans la loi *Macron* » : BJS oct. 2015, *supra*, n° 114d3.

6 V. B. Saintourens, « Les droits des salariés à l'égard de la société après la loi *Macron* » : BJS oct. 2015, *supra*, n° 114d1.

articles L. 223-18 et L. 223-30 du Code de commerce⁷. En synthèse, la loi avait prévu que la décision des associés relative au changement de siège social se ferait à la majorité simple, qu'il s'agisse de ratifier une décision préalable du gérant ou de prendre directement la décision de déplacer le siège, et sous réserve que la nationalité de la société ne soit pas changée.

5. La loi *Macron* poursuit l'œuvre entreprise, et modifie donc à nouveau, moins de huit mois après l'intervention précédente du législateur, l'article L. 223-18 du Code de commerce. Le gérant pouvait déjà décider, sous réserve d'une ratification par les associés, de déplacer le siège social dans le même département ou dans un département limitrophe. C'est désormais à tout le territoire français que ce déplacement décidé par le gérant est étendu⁸. Les associés pourront ainsi avoir la surprise de trouver le siège social déplacé de Paris non plus simplement à Nanterre, mais désormais également à Marseille ou à Saint-Denis de la Réunion. Ils conservent bien entendu, comme avant, la possibilité de ne pas ratifier cette décision du gérant. Cette retouche s'accompagne de modifications du Livre IX du Code de commerce, relatif à l'outre-mer⁹.

B. La non-diffusion du compte de résultat étendue

6. L'ordonnance du 30 janvier 2014 avait ouvert aux micro-entreprises la possibilité de déclarer que ne seraient pas rendus publics les comptes annuels déposés par elles au greffe du tribunal, pour être annexés au registre du commerce et des sociétés¹⁰. L'article L. 232-25 du Code de commerce avait été modifié à cette fin. La loi *Macron* étend aux petites entreprises une fraction de cette possibilité, si l'on peut dire, en permettant que ne soient pas rendus publics, non pas tous les comptes annuels, mais simplement le compte de résultat¹¹.

7. Aux termes de l'article L. 123-12 du Code de commerce, les comptes annuels « comprennent le bilan, le compte de résultat et une annexe, qui forment un tout indissociable ». Ce caractère indissociable recevra donc exception à l'avenir, s'agissant de rendre public les comptes annuels, puisque les petites entreprises pourront déclarer qu'elles ne rendent pas public le compte de résultat.

8. Les petites entreprises sont celles définies à l'article L. 123-16 du Code de commerce, c'est-à-dire, s'agissant de définir le champ d'application de l'ajout fait à l'article L. 232-25 visant les sociétés commerciales, celles de ces sociétés pour lesquelles, « au titre du dernier exercice comptable clos et sur une base annuelle, deux des trois seuils suivants, dont le niveau et les modalités de calcul sont fixés par décret, ne sont pas dépassés : le total du bilan, le montant net du chiffre d'affaires ou le nombre moyen de salariés employés au cours de l'exercice ». Aux termes de l'article D. 123-200 du Code de commerce, le total du bilan est fixé pour les petites entreprises à 4 millions d'euros, le montant net du chiffre d'affaires à 8 millions et le nombre moyen de salariés employés au cours de l'exercice est établi à 50¹².

9. Certaines sociétés ne sont toutefois pas en mesure de bénéficier de cette faculté. Ce sont d'une part celles qui sont mentionnées à l'article L. 123-16-2 du Code de commerce, c'est-à-dire une série d'entreprises définies en fonction de leur statut (établissements de crédit, sociétés de financement, établissements de paiement, établissements de monnaie électronique, entreprises d'assurance, etc.) ou qui émettraient des titres cotés sur un marché réglementé ou feraient appel à la générosité publique. Ce sont d'autre part les sociétés appartenant à un groupe, au sens de l'article L. 233-16 du Code de commerce. Ce dernier texte ne définit pas le groupe, mais on admettra aisément que les sociétés liées par une relation de contrôle soient visées dans cette référence au groupe faite par la rédaction de l'article L. 232-25 résultant de la loi du 6 août 2015. On aurait éprouvé davantage de perplexité au regard de la simple influence notable, mais l'ordonnance n° 2015-900 du 23 juillet 2015 extrait l'influence notable de l'article L. 233-16.

C. Le cumul de mandats dans les sociétés anonymes

1. Réduction de cinq à trois mandats sociaux maximum dans certains cas

10. L'article 211 de la loi *Macron* réforme les règles de cumul de mandats dans les sociétés anonymes, en modifiant la rédaction de l'article L. 225-94-1 du Code de commerce.

11. Ce texte constitue comme on le sait le degré le plus élevé du dispositif encadrant les cumuls de mandats dans les sociétés anonymes. Nous entendons par là qu'il existe un premier degré visant les cumuls de mandat d'un même type par une personne physique : limitation du nombre des mandats d'administrateurs (C. com., art. L. 225-21), de directeur général

7 L. n° 2014-1545, 20 déc. 2014. Sur cette loi, V. B. Dondero in JCP E 2015, 1092 ; A. Gaudemet in BJS mars 2015, p. 149, n° 113e6.

8 L. n° 2015-990, 6 août 2015, art. 212, 1°.

9 L. n° 2015-990, 6 août 2015, art. 212, 2° et 3°.

10 Ord. n° 2014-86, 30 janv. 2014 : BJS mars 2014, p. 141, n° 111r1.

11 La loi *Macron* étend aux coopératives agricoles et à leurs unions la possibilité de déclarer que les comptes annuels qu'elles déposent ne seront pas rendus publics, lorsque ces sociétés répondent à la définition des micro-entreprises, et sous certaines réserves (L. n° 2015-990, 6 août 2015, art. 231, II).

12 C. com., art. D. 123-200 réd. D. n° 2014-136, 17 févr. 2014.

(C. com., art. L. 225-54-1), de membre du directoire (C. com., art. L. 225-67), ou de membre du conseil de surveillance (C. com., art. L. 225-77). S'ajoute à cela un deuxième degré, qui voit le législateur encadrer le nombre global de mandats d'administrateur et de membre du conseil de surveillance détenus par une même personne physique (C. com., art. L. 225-94). Est enfin prévu par l'article L. 225-94-1 un dernier degré d'appréciation, qui prend en compte le nombre total de mandats détenus dans des sociétés anonymes ayant leur siège sur le territoire français par une même personne physique. C'est donc ce dernier élément qui est retouché par la loi *Macron*, qui prévoit deux mesures distinctes.

12. Tout d'abord, le nombre maximum de mandats de tous types que peut détenir en même temps une personne physique dans des sociétés anonymes ayant leur siège sur le territoire français, qui est actuellement de cinq, est ramené à trois dans certaines circonstances. On verra là une similitude avec une recommandation du Code Afep-Medef, dont l'article 19 énonce qu'« Un dirigeant mandataire social ne doit pas exercer plus de deux autres mandats d'administrateur dans des sociétés cotées extérieures à son groupe, y compris étrangères ». Le dispositif de la loi *Macron* est cependant un peu plus complexe. Précisément, le nombre maximum des mandats qu'une même personne peut détenir est réduit à trois « pour les mandats sociaux exercés au sein de sociétés dont les titres sont admis à la négociation sur un marché réglementé par les personnes exerçant un mandat de directeur général, de membre du directoire ou de directeur général unique dans une société dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé et qui emploie au moins cinq mille salariés permanents dans la société et ses filiales, directes ou indirectes, dont le siège social est fixé sur le territoire français, ou au moins dix mille salariés permanents dans la société et ses filiales, directes ou indirectes, dont le siège social est fixé sur le territoire français et à l'étranger »¹³.

13. Il faut bien comprendre la portée du texte. Passe de cinq à trois le nombre maximum de mandats sociaux qui peuvent être exercés dans une société cotée (sous-entendu une société anonyme ayant son siège sur le territoire français). Ne sont cependant visées par cet abaissement que certaines personnes : celles exerçant un mandat exécutif au sein d'une société cotée et d'une certaine importance.

14. Le dispositif de cumul des mandats prend en compte les mandats sociaux exercés dans des sociétés anonymes ayant leur siège sur le territoire français, et l'on sait qu'il n'est pas très logique de contrôler par un dispositif aussi complexe et contraignant les mandats

détenus dans les sociétés anonymes et d'ignorer simultanément ceux détenus dans des sociétés d'autres formes. L'innovation apportée par la loi *Macron* consiste à prendre en compte les mandats détenus dans toute autre société, si elle est cotée et qu'elle dépasse les seuils susvisés, qui ne sont pas les mêmes, selon que l'on prend en compte la société et ses filiales lorsque toutes ont leur siège en France, ou que l'on prend en compte la société et ses filiales quelle que soit la localisation de leur siège. En clair, si vous êtes déjà chargé d'un mandat exécutif dans une grande société cotée, votre investissement comme mandataire social d'autres sociétés cotées ayant leur siège en France ne saurait aller jusqu'à vous permettre de détenir cinq mandats.

15. Parce que cette réduction de cinq à trois mandats est ajoutée à la fin du premier alinéa de l'article L. 225-94-1, la dérogation prévue au deuxième alinéa, excluant du nombre maximum de mandats sociaux « les mandats d'administrateur ou de membre de conseil de surveillance dans les sociétés qui sont contrôlées, au sens de l'article L. 233-16, par la société dans laquelle est exercé un mandat au titre du premier alinéa [de l'article L. 225-94-1] », s'applique aussi dans les cas visés par la réduction à trois mandats sociaux maximum.

16. L'entrée en vigueur de cette mesure est aménagée, au sens où les directeurs généraux, membres du directoire et directeurs généraux uniques concernés disposent d'un délai d'un an à compter de la date de publication de la loi, c'est-à-dire qu'ils ont jusqu'au 7 août 2016, pour se mettre en conformité avec le nouveau seuil¹⁴. La sanction prévue n'est pas anodine, puisque si les mandataires sociaux concernés ne se sont pas mis en conformité avec le dispositif en sa nouvelle version, ils sont tout simplement « réputés démissionnaires de tous leurs mandats » !

2. Dérogation dans les sociétés holding

17. Un troisième alinéa est par ailleurs ajouté à l'article L. 225-94-1 du Code de commerce, disposant que « Par dérogation au deuxième alinéa, ne sont pas pris en compte les mandats d'administrateur ou de membre de conseil de surveillance exercés par le directeur général, les membres du directoire ou le directeur général unique des sociétés dont l'activité principale est d'acquies et de gérer des participations, au sens de l'article L. 233-2, dans les sociétés qui constituent des participations »¹⁵.

18. Le deuxième alinéa de l'article L. 225-94-1 écartait déjà du décompte, comme on l'a vu, les mandats non exécutifs détenus dans des sociétés contrôlées.

¹³ L. n° 2015-990, 6 août 2015, art. 211, I, 1°.

¹⁴ L. n° 2015-990, 6 août 2015, art. 211, II.

¹⁵ L. n° 2015-990, 6 août 2015, art. 211, I, 2°.

Ne seront pas non plus pris en compte les mandats non exécutifs détenus par le dirigeant exécutif d'une société A dans une société B, à deux conditions. Première condition : il faut tout d'abord que l'activité principale de la société A soit celle d'acquérir et de gérer des participations, au sens de l'article L. 233-2 du Code de commerce, c'est-à-dire de détenir des fractions du capital d'autres sociétés, comprises entre 10 et 50 %¹⁶. Il faudra donc être en mesure d'établir que l'activité principale de la société est celle d'acquérir et de gérer de telles participations. Seconde condition : la ou les sociétés B, dans lesquelles est exercé le mandat non exécutif, doivent constituer des participations, c'est-à-dire que la société A doit détenir entre 10 et 50 % de leur capital. Au-delà, on repasse dans l'hypothèse du contrôle au sens de l'article L. 233-16.

19. Cette nouvelle disposition déroge davantage au premier alinéa de l'article L. 225-94-1 qu'au deuxième, en réalité, ainsi que l'illustrent les retouches apportées par ailleurs à l'article pour assurer sa cohérence¹⁷. La modification introduite devrait permettre aux sociétés d'investissement de faire siéger plus facilement leurs dirigeants dans les conseils des sociétés dans lesquelles des participations sont prises.

II. Le crédit et l'investissement

20. La loi *Macron* du 6 août 2015 comporte par ailleurs deux innovations relatives au crédit et à l'investissement et touchant, à un titre ou à un autre, au droit des sociétés. Simplement, c'est plutôt par les emprunts qui sont faits au droit des sociétés pour mettre en place de nouvelles institutions que par les apports faits au régime des sociétés existantes que se caractérise la loi nouvelle. Ces nouvelles institutions concernent d'une part le crédit inter-entreprises (A) et les structures sociétaires proposées aux fonds d'investissement, d'autre part, avec l'introduction d'un nouveau véhicule sociétaire, la société de libre partenariat (SLP) (B).

A. Le crédit inter-entreprises

21. La loi *Macron* a institué une nouvelle dérogation au monopole bancaire. L'article L. 511-6 du Code monétaire et financier édictait déjà six exceptions au monopole ; il se voit enrichi d'une exception sup-

plémentaire, visant les prêts consentis par certaines sociétés commerciales à des micro-entreprises, PME ou ETI¹⁸. On ne rentrera pas dans le détail des nombreuses conditions auxquelles ces crédits inter-entreprises sont soumis, cet exercice ayant déjà été fait dans d'autres cadres¹⁹. On relèvera simplement les points de contact de cette innovation législative avec le droit des sociétés.

22. C'est surtout pour la définition des conditions relatives à la société prêteuse que le droit des sociétés a été sollicité. La forme de cette société est limitativement prévue : il doit s'agir d'une société par actions (société anonyme, société en commandite par actions, société par actions simplifiée, société européenne) ou d'une SARL, et cette société doit par ailleurs être soumise au contrôle d'un commissaire aux comptes. Précisément, les comptes de la société prêteuse doivent faire l'objet d'une certification par un commissaire aux comptes, ce qui invite à penser que le refus de certification prive de la possibilité de réaliser un crédit inter-entreprises bénéficiant de l'article L. 511-6, 3 *bis*, du Code monétaire et financier.

23. Les conditions relatives au prêt et à l'entreprise emprunteuse (qui à la différence du prêteur, ne sera pas nécessairement une société) n'intéressent pas le droit des sociétés, à la seule réserve que le prêt devra être soumis, nous dit le texte nouveau, à la procédure des conventions réglementées. Il serait tentant de penser que cela ne concerne que la société prêteuse, dès lors que les textes relatifs aux conventions réglementées qui sont visés sont relatifs aux seules sociétés anonymes et SARL. Mais le texte est appelé à recevoir une interprétation plus large, et à fonder une application de la procédure des conventions réglementées y compris chez la société emprunteuse, comme le confirment les travaux parlementaires et l'évolution de la rédaction du texte²⁰. On observera en toute hypothèse que les textes visés sont uniquement ceux relatifs aux SARL et une partie de ceux applicables aux sociétés anonymes (C. com., art. L. 225-38 à L. 225-40). Les rédacteurs du texte ont semblé ignorer l'existence des sociétés anonymes à directoire et conseil de surveillance et celle des SAS, sans doute par un oubli. Il est également prévu que le montant des « prêts consentis » sera communiqué dans le rapport de gestion, ce qui laisse pour le coup penser que seule la société prêteuse est concernée, et il devra faire l'objet d'une

16 Formule à rapprocher de celle utilisée par la loi *Rebsamen* pour soustraire à l'obligation de se doter d'administrateurs représentant les salariés la « société dont l'activité principale est d'acquérir et de gérer des filiales et des participations », lorsqu'elle détient une ou plusieurs filiales remplissant les conditions et appliquant l'obligation en question (L. n° 2015-994, 17 août 2015, relative au dialogue social et à l'emploi, art. 11).

17 L'article 211, I, 3°, de la loi 6 août 2015 dispose en effet que les références aux conditions dérogatoires prévues à l'alinéa 2 de l'article L. 225-94-1, désignées par l'alinéa 3 de ce texte comme étant celles de « l'alinéa précédent » sont désormais celles visées « aux deuxième et troisième alinéas ».

18 L. n° 2015-990, 6 août 2015, art. 167.

19 V. B. Dondero, « Le crédit inter-entreprises libéré (ou presque) par la loi *Macron* » : Actes prat. ing. sociétaire sept.-oct. 2015, 5.

20 L'amendement présenté par Mme Estrosi Sassone devant le Sénat le 9 avril 2015, supprimant dans le texte la référence à la seule société prêteuse, était motivé ainsi : « Les contrats de prêts seront soumis au formalisme des conventions réglementées à la fois chez le prêteur (qui prend un risque) et chez l'emprunteur (qui peut se retrouver en situation de dépendance économique) ».

attestation du commissaire aux comptes selon des modalités prévues par décret en Conseil d'État.

24. Le droit des sociétés sera d'ailleurs peut-être sollicité à nouveau par ledit décret en Conseil d'État, celui-ci devant intervenir avant la fin de l'année 2015 et étant appelé à fixer les conditions et les limites dans lesquelles les sociétés par actions et les sociétés à responsabilité limitée pourront octroyer des prêts (C. mon. fin., art. L. 511-6, 3 *bis*).

B. La société de libre partenariat (SLP)

25. Là encore, ce n'est pas le droit des sociétés qui est modifié par la loi *Macron*, mais la loi institue un nouveau dispositif en se servant du droit des sociétés. Ce nouveau dispositif a déjà été commenté par ailleurs²¹, mais on s'arrêtera ici sur l'utilisation qui est faite du droit des sociétés, et qui est assez singulière, puisque c'est une forme sociale quasiment disparue qui a été utilisée pour servir de structure d'accueil à la société de libre partenariat (SLP).

26. La SLP est une troisième structure offerte aux fonds professionnels spécialisés, qui sont l'une des catégories de fonds déclarés – simplement déclarés à l'AMF et non soumis à agrément (C. mon. fin., art. L. 214-153). Elle vient s'ajouter à la forme de SICAV particulière que peuvent emprunter ces fonds (la société d'investissement professionnelle spécialisée) et au fonds commun de placement particulier qui leur est proposé (le fonds d'investissement professionnel spécialisé). La SLP relève de la catégorie des fonds d'investissement alternatifs (FIA), et donc des organismes de placement collectif, par application de l'article L. 214-1, II, 2°, du Code monétaire et financier. Elle adopte donc la forme de société en commandite simple (SCS). Il sera intéressant d'observer si l'introduction de la SLP produit une inversion de la courbe des créations de SCS. Il existe en France un millier environ de SCS, et il ne s'en créait jusqu'à présent que très peu. On attend donc avec curiosité de savoir combien de dizaines ou de centaines de SLP seront créées dans les années à venir.

27. Du point de vue du droit des sociétés, on retiendra surtout que la SLP est une société en commandite simple, mais qui a été en partie soustraite au régime normalement applicable à cette forme sociale, puisque

ce sont six des douze articles propres à la SCS qui sont déclarés inapplicables à la SLP (C. mon. fin., art. L. 214-162-1, I). La SLP peut se constituer *ab initio* sous cette forme. Il est également possible qu'un FIA qui n'aurait pas encore la forme de SLP se transforme sans dissolution en SLP, dans les conditions définies par les statuts ou par le règlement de ce FIA, les porteurs de parts ou actionnaires existants devenant alors associés commanditaires de la SLP (C. mon. fin., art. L. 214-62-12). Parmi les éléments originaux de la SLP, on relèvera qu'une distinction est introduite entre les parts des commandités et celles des commanditaires s'agissant de leur négociabilité. Les premières ne sont pas négociables, ceci, est-il précisé, par dérogation à l'article L. 211-14 du Code monétaire et financier. Les parts sociales des commanditaires sont quant à elles affirmées être des « titres financiers négociables », par dérogation aux dispositions applicables à la SCS (C. mon. fin., art. L. 214-162-8, IV).

III. Autres mesures

28. On signalera tout d'abord une mesure très attendue, qui consiste à « libérer » les données du registre du commerce et des sociétés (RCS). L'article 60 de la loi *Macron* porte ainsi un coup sérieux à l'entreprise commerciale de diffusion des données du RCS mise en place depuis longtemps par les greffiers des tribunaux de commerce. Le texte précité prévoit en effet que le greffier doit transmettre à l'Institut national de la propriété industrielle, « par voie électronique et sans frais », notamment, « un document valant original des inscriptions effectuées au greffe et des actes et pièces qui y sont déposés, dans un délai et selon des modalités fixées par décret »²².

29. On terminera en évoquant la ratification de l'ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014, relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique opérée par la loi *Macron*, qui procède également à diverses modifications de ce texte²³, d'une part, et la réécriture de deux dispositions issues de la loi *Florange*²⁴. Est modifié l'article 7 de cette loi, ainsi que l'article L. 433-1-2, II, 2°, du Code monétaire et financier.

21 B. Dondero, « La société de libre partenariat » in *AIFM : de la transposition à l'innovation* : Actes prat. ing. sociétaire sept.-oct. 2015, 9.

22 L. n° 2015-990, 6 août 2015, art. 60, I, 1°.

23 L. n° 2015-990, 6 août 2015, art. 178 à 192.

24 L. n° 2014-384, 29 mars 2014.

La loi *Macron* assouplit les régimes des impatriés et des réductions d'impôt ISF-PME et « Madelin » ^{114d2}

Christian NOUEL

Avocat à la cour
Associé, Gide Loyrette Nouel

La loi *Macron* prévoit quelques mesures fiscales dont les plus emblématiques sont celles relatives à l'aménagement des régimes des actions gratuites et des bons de souscription de parts de créateur d'entreprise. Deux autres mesures méritent une attention particulière, l'une concernant le régime des impatriés, l'autre les réductions d'impôt et d'ISF en cas d'investissement dans les PME.

I. Les apports de la loi *Macron* concernant les réductions d'impôts « Madelin » et « ISF-PME »

Les souscriptions, directes ou par l'intermédiaire de sociétés holding, au capital de PME peuvent, sous certaines conditions, donner droit à une réduction d'impôt sur le revenu (réduction dite « Madelin ») ou à une réduction d'ISF (réduction dite « ISF-PME »). La loi *Macron*¹ a assoupli ces régimes, dans un but d'harmonisation, mais surtout afin d'inciter ces investissements bénéfiques pour l'économie. Ces nouvelles dispositions sont entrées en vigueur le 8 août 2015.

A. Les nouvelles conditions de maintien de la réduction d'impôt en cas de retrait anticipé de l'investisseur

Le bénéfice de la réduction « Madelin » est conditionné à l'obligation du souscripteur de conserver les titres jusqu'au 31 décembre de la cinquième année suivant celle de leur souscription. À défaut, les réductions d'impôts obtenues sont reprises. Néanmoins, il est prévu certains cas dans lesquels les réductions d'impôts sont maintenues quand bien même les titres ne seraient pas conservés dans ce délai. S'il existait déjà des exceptions à la reprise des réductions d'impôts obtenues – décès, invalidité ou licenciement, liquidation judiciaire de l'entreprise bénéficiaire ou donation avec reprise de l'engagement de conservation des titres – la loi *Macron* en ajoute de nouvelles. Désormais, le bénéfice de la réduction « Madelin » est maintenu en cas de :

- fusion ou scission ;
- annulation des titres pour cause de pertes ;

– cession stipulée obligatoire par un pacte d'associés ou d'actionnaires, sous réserve que l'actionnaire minoritaire réemploi le produit de la cession pour souscrire au capital de PME éligibles, au maximum dans les douze mois suivant la cession ;

– offre publique d'échange, sous réserve que les titres reçus en échange soient éligibles à la réduction ; en cas de soult d'échange, celle-ci devra être réemployée pour souscrire au capital de PME éligibles.

Ces exceptions, nouvelles pour la réduction « Madelin », s'appliquaient déjà dans le cadre de la réduction « ISF-PME ».

B. Le délai d'interdiction de remboursement des apports réduit à sept ans

Depuis la loi de finances pour 2011², les souscripteurs ne pouvaient se faire rembourser leurs apports avant le 31 décembre de la dixième année suivant celle de la souscription (uniquement pour les souscriptions effectuées à compter du 13 octobre 2010), sans remettre en cause bénéfice des réductions « Madelin » et « ISF-PME ». Afin d'encourager les investissements dans les PME, la loi *Macron* réduit cette durée à sept ans (CGI, art. 199 *terdecies*-0 A, IV, al. 2 et 885-0 V *bis*, II, al. 1). Désormais, les souscripteurs ne pourront pas se faire rembourser leurs apports avant le 31 décembre de la septième année qui suit celle de la souscription.

II. Les apports de la loi *Macron* concernant le régime d'imposition des impatriés

A. Le maintien de l'exonération en cas de changement de fonctions sous certaines conditions

Les impatriés bénéficient d'un régime fiscal attractif. À ce titre, les salariés et certains dirigeants qui

¹ L. n° 2015-990, 6 août 2015, art. 143 et 144.

² L. fin. n° 2010-1657, 29 déc. 2010.

viennent travailler en France, dans le cadre de la mobilité interne d'un groupe international ou à la suite de leur recrutement direct à l'étranger par une entreprise établie en France, peuvent bénéficier d'une exonération partielle d'impôts (sur leur rémunération et, à hauteur de 50 %, d'une part sur les produits de la propriété intellectuelle ou industrielle et sur les revenus de capitaux mobiliers perçus à l'étranger et d'autre part, sur certaines plus-values de cession de droits détenus à l'étranger), sous certaines conditions (CGI, art. 155 B, I, 1). Les salariés ou dirigeants ont l'obligation de ne pas avoir été fiscalement domiciliés en France au cours des cinq années civiles précédant celle de leur prise de fonctions en France et l'obligation de fixer leur domicile fiscal en France dès leur prise de fonctions.

Ce dispositif avait été originellement mis en place afin d'assurer l'attractivité du territoire français pour les groupes internationaux et le recrutement, par des entreprises françaises, des cadres étrangers de « haut niveau ». Néanmoins, l'administration avait réduit la portée de ce dispositif, en refusant le bénéfice de l'exonération en cas de changement d'employeur ou d'entreprise, dans les cinq ans de l'installation en

France. Elle considérait que par ce changement d'employeur ou d'entreprise, le salarié ou le dirigeant changeait en réalité d'emploi. Selon son analyse, l'exonération étant attachée à un seul emploi, elle était dès lors remise en cause. Le salarié ou le dirigeant ne pouvait pas plus bénéficier d'une nouvelle exonération au titre du nouvel emploi dans la mesure où, étant domiciliés en France au cours de l'année précédente, ils ne satisfaisaient pas aux conditions d'éligibilité au régime.

B. Le maintien de l'exonération en cas de changement de fonctions

La loi *Macron*³ a partiellement remis en cause cette doctrine dans le but de redonner au régime fiscal des impatriés une coloration incitative.

Elle prévoit donc le maintien de l'exonération en cas de changement de fonctions, sous réserve que ce changement intervienne au sein de la même entreprise établie en France ou au sein d'une autre entreprise établie en France appartenant au même groupe, au sens du Code de commerce.

³ L. n° 2015-990, 6 août 2015, art. 263.