LES REVUES LEXISNEXIS

REVUE DES PROCÉDURES COLLECTIVES CIVILES ET COMMERCIALES

sous la direction de :
Michel MENJUCQ
Philippe ROUSSEL GALLE

MAI-JUIN 2017 - N°3
32e ANNÉE - ISSN 1292-8216

COMITÉS DE CRÉANCIERS

10 > p. 14

Comités de créanciers : la loi de la majorité peut-elle vraiment imposer des conversions forcées de créances aux minoritaires ?

Étude par Serge PELLETIER, Associé, Brunswick Société d'Avocats et Constance VERROUST-VALLIOT, Counsel, Brunswick Société d'Avocats

▶ REPÈRE

3 > p. 1
« Agriculteur », qui es-tu ?
par Michel MENJUCQ

▶ COMMENTAIRES

59 > p. 27
Droits réels
Précision de la notion de « droits réels » au sens du règlement (CE) n° 1346/2000
par Thomas MASTRULLO

64 > p. 36
Liquidation judiciaire
Liquidation judiciaire et clôture du compte courant : un lien de cause à effet discutable, pesant sur le sort de la caution
par Florence REILLE

69 > p. 43
Clôture de la liquidation
La rétroactivité relative de la reprise de la liquidation judiciaire
par Geoffroy BERTHELOT

75 > p. 49
Garantie des salaires
Calcul du plafond de garantie des salaires
par Laurence FIN-LANGER

80 > p. 53
Obligation de reclassement
Reclassement, groupe de sociétés et absence de lien de droit entre les sociétés
par François TAQUET

82 > p. 54
PSE
La motivation de la décision d'homologation de la Direccte
par David JACOTOT

88 > p. 59
Sanctions civiles
Désignation d'un technicien en vue de rechercher des fautes de gestion
par Arlette MARTIN-SERF

▶ TABLE RONDE

2 > p. 66
Loi « J 21 »
Les tribunaux de commerce du XXIe siècle

LexisNexis®

14 - **Coemploi. – Appréciation.**

Hors état de subordination, une société faisant partie d'un groupe ne peut être considérée comme un co-employeur, à l'égard du personnel employé par une autre, que s'il existe entre elles, au-delà de la nécessaire coordination des actions économiques entre les sociétés appartenant à un même groupe et de l'état de domination économique que cette appartenance peut engendrer, une confusion d'intérêts, d'activités et de direction, se manifestant par une immixtion dans la gestion économique et sociale de cette dernière.

Le fait que les dirigeants de la filiale proviennent du groupe et soient en étroite collaboration avec la société dominante, que celle-ci ait apporté à sa filiale un important soutien financier et que pour le fonctionnement de la filiale aient été signées avec la société dominante une convention de trésorerie ainsi qu'une convention générale d'assistance moyennant rémunération, ne peuvent suffire à caractériser une situation de co-emploi *(Cass. soc., 7 mars 2017, n° 15-16.865 à n° 15-16.867, FS-P+B, Sté Groupe Partouche c/ V. Couriol et a. : JurisData n° 2017-003887 ; Rev. proc. coll. 2017, comm. 78, L. Fin-Langer. – Cass. partielle CA Aix-en-Provence, 17e ch., sect. B, 19 févr. 2015, renvoi CA Nîmes).* ■

Mots-Clés : Actualité jurisprudentielle - 1er février-15 avril 2017

10

Comités de créanciers : la loi de la majorité peut-elle vraiment imposer des conversions forcées de créances aux minoritaires ?

Serge PELLETIER,
associé,
Brunswick Société d'Avocats

Constance VERROUST-VALLIOT,
of counsel,
Brunswick Société d'Avocats

L'institution des comités de créanciers constitue l'un des apports majeurs de la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005. Ceux-ci ont participé à redonner aux créanciers une certaine maîtrise de leur sort dans le cadre des procédures collectives. On peut cependant s'interroger sur le sort des créanciers minoritaires dont les droits peuvent parfois sembler bafoués, notamment lorsqu'ils se voient imposer des conversions forcées de créances en capital. Cette étude met en lumière les difficultés juridiques que posent ces conversions forcées de créance tant sur le plan pratique que sur le plan des principes.

1 - Le droit des entreprises en difficulté est un balancier perpétuel entre les intérêts du débiteur et ceux des créanciers.

La loi du 25 janvier 1985 a, d'une part, sanctuarisé les intérêts du débiteur au nom de l'intérêt général qui se préoccupe de maintenir l'activité et, partant, les emplois, et, d'autre part, notoirement sacrifié ceux des créanciers.

Le sort des créanciers a connu quelques embellies au gré des réformes du livre VI du Code de commerce [1] ou celui de la création de nouveaux instruments de garanties telle la fiducie.

2 - C'est ainsi que la loi de Sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 a eu pour objectif de rétablir une forme de consensualisme entre les parties, notamment avec la création des comités de créanciers. Plutôt que de leur imposer judiciairement un plan le plus souvent défavorable, ils se sont vus offrir de l'adopter eux-mêmes à la majorité des 2/3 du montant des créances qu'ils détiennent *(C. com., art. L. 626-30-2)* sur propositions du débiteur qui peuvent être de toutes natures (conversions de créances en capital, traitement différencié selon les classes de créanciers, pas de limite à la durée du plan, etc.). Plus récemment, ils ont même reçu la possibilité de voter sur leurs propres propositions [2], en théorie du moins.

3 - À l'occasion de la crise de 2008, l'intérêt général inspirant au législateur une nouvelle tendance favorable au débiteur, l'institution des comités, initialement identifiés comme une amélioration pour les créanciers, s'est finalement retournée contre eux. C'est ainsi que la Sauvegarde financière accélérée (SFA) a été créée pour imposer un plan aux créanciers financiers récalcitrants à tout accord dans le cadre d'une conciliation et ce, par les règles de majorité au sein des comités, le tout en un temps record.

D'un côté, la possibilité d'adopter un plan à la majorité présente l'intérêt évident de neutraliser le pouvoir de nuisance d'un créancier minoritaire qui mettrait en péril le sauvetage d'une entreprise en usant de son pouvoir si l'unanimité demeurait de rigueur.

D'un autre côté, le contenu des projets de plan étant libre, on comprend aisément que le passage du consensualisme absolu en conciliation à la loi de la majorité en comité puisse être vécu comme injuste par les créanciers récalcitrants dans le premier cadre puis minoritaires dans le second.

4 - Plus spécifiquement, dès lors que :

- la conversion de créances en titres de capital est au nombre des mesures qui peuvent être soumises au vote des comités de créanciers ;

1. Opérées par la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, la loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière et l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives.

2. *C. com., art. L. 626-30-2, réd. Ord. n° 2014-326, 12 mars 2014.*

- l'on voit fleurir en France des propositions inspirées d'une pratique anglo-saxonne consistant à prendre des participations dans des entreprises par l'acquisition préalable de créances ; et que
- certains minoritaires peuvent considérer la conversion de créance comme fondamentalement contraire à leurs intérêts ou à leurs règles internes ;
- il importe de se pencher sur ces techniques et de mesurer leur compatibilité effective avec le corpus juridique français.

5 - La possibilité de convertir des créances en titres d'une entreprise en difficulté peut être regardée comme une opportunité pour les parties et comme répondant aux objectifs fixés par la loi (poursuite de l'activité et extinction de tout ou partie du passif) :
- pour la société, l'opération entraîne tout à la fois la diminution de son endettement et sa recapitalisation en fonds propres [3] ;
- pour les créanciers financiers, c'est un pari sur le redressement de l'entreprise pouvant offrir, à terme, une plus-value parfois très importante. C'est d'ailleurs précisément la raison du dynamisme du marché secondaire de la dette.

La possibilité d'imposer des conversions de créance en capital par les règles de majorité des comités de créanciers peut néanmoins être source d'abus. On pense notamment aux prises de contrôle conduites par certains créanciers détenant des proportions suffisantes de la dette, pour tenter d'aboutir à leurs fins, en accord avec l'entreprise, sans négociation préalable avec les créanciers minoritaires.

6 - Ainsi, après avoir rappelé les règles de constitution et de fonctionnement des comités de créanciers qui permettent d'aboutir à des conversions forcées de créances en titres de capital (1), on exposera en quoi leur application est, en pratique, problématique (2) d'autant que, sur le plan strictement juridique, ces conversions sont contestables (3) et peuvent être contestées mais selon une procédure qui paraît mériter une évolution législative (4).

1. De l'étalement des créances à la possibilité de conversion de créances imposée

7 - S'inspirant de la pratique anglo-saxonne, la loi de Sauvegarde a instauré, en complément de la consultation individuelle des créanciers, un cadre de consultation collective par la création des comités. Leur constitution est obligatoire lorsque le débiteur justifie, notamment, qu'il emploie plus de 150 salariés ou qu'il réalise un chiffre d'affaires supérieur à 20 M € HT. En deçà de ces seuils, elle est facultative et soumise à autorisation du juge-commissaire [4].

Sous réserve (i) des règles propres aux sauvegardes accélérées *(C. com., art. L. 628-1 à L. 628-10)* et (ii) de l'existence d'au moins deux créanciers par catégorie, 2 comités doivent être réunis, l'un regroupant les établissements de crédit et assimilés, l'autre les principaux fournisseurs de biens ou services dont les créances représentent plus de 3% du total des créances des fournisseurs [5].

8 - L'article L. 626-30-2 du Code de commerce prévoit expressément que, dans le cadre des comités, des plans prévoyant des remises de dettes ou des conversions de créances en titres donnant ou pouvant donner accès au capital peuvent être proposés [6].

Après que le projet de plan a fait l'objet de discussions entre le débiteur, l'administrateur judiciaire [7] et les créanciers, il est soumis au vote de ces derniers et adopté s'il recueille la majorité des deux tiers du montant des créances détenues par les membres ayant exprimé le vote *(C. com., art. L. 626-30-2, al. 4)*.

Par ailleurs, lorsqu'il existe des obligataires, leur assemblée doit être réunie pour délibérer sur le projet de plan adopté par les comités de créanciers *(C. com., art. L. 626-32)* et ce, sous réserve qu'au moins un comité soit constitué [8].

Ce régime particulier – qui, selon une certaine doctrine, constitue désormais la règle [9] – coexiste avec la consultation individuelle par le mandataire judiciaire pour les créanciers qui, par la nature ou le montant de leurs avoirs, sont exclus des comités. Dans le cadre de cette consultation individuelle, l'article L. 626-18 prévoit que le tribunal ne peut que donner acte des délais et remises acceptés par les créanciers. Mais surtout, il ne peut imposer que des délais uniformes de paiement, à l'exclusion, donc, de toute remise ou conversion en capital.

9 - Sous réserve de l'homologation du plan par le tribunal qui demeure souverain, on en arrive ainsi au curieux constat que, dans le cadre des comités, les créanciers majoritaires peuvent contraindre les minoritaires à des sacrifices que le juge lui-même n'a pas le pouvoir de leur imposer dans le cadre de la consultation individuelle.

Ce premier constat amène à s'interroger sur la légitimité de ce pouvoir exorbitant du droit commun consenti, de fait, aux créanciers majoritaires.

2. Difficultés de mise en œuvre : contexte et intérêts en présence

10 - Pour bien comprendre la problématique qui peut se poser aux créanciers minoritaires, il faut replacer les opérations de restructuration financière concernées par ce mécanisme de conversion de créance en titres dans leur contexte le plus courant et s'arrêter sur les intérêts en présence.

11 - En premier lieu, ce mécanisme est surtout envisagé dans les opérations de restructuration de l'endettement de sociétés importantes dans lesquelles on rencontre des montages financiers complexes et un foisonnement de transferts de la dette d'acquisition.

La complexité des montages financiers (et, partant, des solutions à trouver), le nombre de créanciers en présence et l'impérative confidentialité des négociations, rendent les discussions difficiles, voire impossibles. Aussi, certaines négociations en amont se tiennent-elles parfois au sein de comités *ad hoc* de créanciers qualifiés en fonction de l'importance de leurs avoirs.

De plus, la survie de la société étant conditionnée à une sortie rapide de la procédure pour que ses partenaires (clients/fournisseurs et mêmes salariés) aient une visibilité sur ses perspectives, ces négociations sont menées dans des délais très courts.

Dès qu'un accord est trouvé avec les principaux créanciers rendant un vote majoritaire favorable raisonnablement envisageable, une réunion de l'ensemble des membres du comité est organisée au cours de laquelle le plan est présenté et soumis, le plus souvent, au vote dans la foulée.

Il s'ensuit que, même si la loi l'impose [10], il n'est, en pratique, compte tenu de ces contraintes, pas nécessaire de discuter effectivement avec l'intégralité des créanciers. Aucun espace de négociation n'est donc ouvert aux minoritaires.

3. Ou en quasi-fonds propres lorsque les dettes sont converties en titres pouvant donner accès au capital.
4. Pour la sauvegarde, *C. com., art. L. 626-29 et R. 626-52* et pour le redressement judiciaire, *C. com., art. L. 631-19 et R. 631-37*.
5. Pour la sauvegarde, *C. com., art. L. 626-29, R. 626-52 et R. 626-56* et pour le redressement judiciaire, *C. com., art. L. 631-19 et R. 631-37*.
6. Cette possibilité étant toutefois réservée aux sociétés par actions dont les actionnaires ne supportent les dettes qu'à concurrence de leurs apports.
7. Ou le commissaire à l'exécution du plan dans le cadre d'une modification de plan.
8. Encore que, la cour d'appel de Paris a rendu un arrêt *(CA Paris, Pôle 5, ch. 9, 22 sept.2016, n° 15/25086 : JurisData n° 2016-019797)* contraire à ce principe dans le cadre d'une affaire de SFA où l'endettement était exclusivement obligataire. La Cour de cassation n'aura vraisemblablement pas à se prononcer mais il serait bon que la question soit définitivement tranchée, soit par la Haute Cour, soit par la loi.
9. *Avis n° 337 de Christian Gaudin, au nom de la commission des affaires économiques : Doc. Sénat 2004-2005, p. 88.*
10. Pour la sauvegarde, *C. com., art. L. 626-30-2* et pour les procédures de redressement judiciaire, *C. com., art. L. 631-19* aménagé.

La tentation est alors grande de s'affranchir des règles ou de les interpréter dans un sens gravement préjudiciable aux intérêts individuels de ces derniers.

12 - En second lieu, le développement du recours au mécanisme de conversion de créance peut être préoccupant dès lors que les intérêts des créanciers au sein des comités peuvent être différents, tant du fait de l'origine de leurs droits que de la qualité du créancier lui-même. Les *hedge funds* ou banques d'affaires auront, par exemple, naturellement plus d'appétence pour entrer au capital de la société qu'un établissement bancaire classique. L'intention des premiers procédera le plus souvent d'une stratégie de *Lender's led* (prise de contrôle par incorporation au capital de tout ou partie de leurs créances [11]. À l'inverse, un banquier issu de la banque de réseau, simple dispensateur de crédit, n'aura pas d'autre objectif que celui de préserver sa créance et n'aura aucune vocation naturelle à devenir actionnaire de son client.

13 - En présence de telles divergences potentielles et de règles permettant à des titulaires de droits majoritaires d'imposer des décisions dans leur propre intérêt au détriment de celui des minoritaires, les conditions classiques de survenance d'un abus de majorité apparaissent réunies.

Spécifiquement, un projet de plan prévoyant, par exemple, sans autre option, des conversions de créances en titres, peut être adopté par un vote favorable des créanciers majoritaires poursuivant leur objectif au détriment des créanciers minoritaires *de facto* évincés de leurs droits.

Au surplus, même si les règles qui rendent cette éviction possible procèdent d'un texte spécial qui prime sur des règles de droit commun, il se heurte à des principes supérieurs et manifestement incompatibles qui semblent pouvoir être invoqués pour lui faire échec.

3. Caractère contestable des conversions forcées de créances

14 - Lorsqu'elles sont adoptées au bénéfice de créanciers majoritaires poursuivant un objectif contraire à l'intérêt des minoritaires et, donc, à leur détriment, les conversions forcées de créances en titres peuvent être regardées comme procédant d'un abus de majorité d'autant plus qu'elles contreviennent, notamment, à trois grands principes de notre droit : (A) la protection du droit de propriété, (B), la liberté de ne pas contracter et (C) *l'affectio societatis*.

A. - Violation du principe à valeur constitutionnelle de la protection du droit de propriété

15 - Les créanciers peuvent se prévaloir du droit de propriété dont ils disposent sur leurs créances :

- La valeur constitutionnelle du droit de propriété est consacrée par l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui dispose que « *la propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment,* ***et sous la condition d'une juste et préalable indemnité*** » ; étant rappelé que le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 renvoie expressément aux principes définis dans ladite Déclaration ;

- Le Conseil constitutionnel a réaffirmé à plusieurs reprises la pleine valeur constitutionnelle du droit de propriété [12] ;

- L'article 1er du protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales précise également que « *nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi (.../...)* » ;

- La Cour européenne des droits de l'homme admet que les créanciers puissent exciper d'une protection de leurs créances fondée sur le droit de propriété [13].

Il est donc pertinent d'en déduire qu'une remise imposée à un créancier sans une juste indemnité préalable (rendue obligatoire par l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen), même dans un cadre légal spécial, constitue une violation du droit de propriété dont il dispose sur cette créance.

16 - S'agissant de la conversion de créance, l'examen précis de son mécanisme ne laisse aucun doute sur le maintien de la pertinence de la déduction.

Ainsi, ledit mécanisme entraîne une double mutation [14] :

- à la suite de l'extinction de sa créance par compensation avec la créance de souscription, le créancier devient titulaire d'une valeur mobilière, qui ne donne de droits sur les actifs de la société qu'après paiement préalable de tous les autres créanciers sociaux et dont le maintien de la valeur peut le contraindre à souscrire à nouveau pour éviter la dilution.

- le simple créancier va devenir actionnaire, avec des droits et devoirs nouveaux, dont le devoir moral de soutenir l'entreprise si elle connaît d'éventuelles nouvelles difficultés (notamment « le devoir d'actionnaire au sein des sociétés en difficulté » [15]).

Certains pourraient penser toutefois que la détention d'une part du capital en lieu et place de la créance constitue une indemnisation suffisante pour justifier que l'expropriation qu'elle induit puisse être imposée, notamment à un créancier minoritaire. Mais le raisonnement est hâtif en ce que :

- la double mutation évoquée plus haut empêche incontestablement une comparaison entre les deux natures de droits et, donc, de vérifier si l'indemnisation est effectivement juste ; mais surtout,

- le mécanisme de la « conversion » exclut que l'indemnisation soit préalable ;

- de sorte que sa conformité à l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen est fortement discutable.

Sur ce dernier point, il faut en effet rappeler que l'augmentation de capital induit une créance de souscription. Ensuite, la souscription est libérée non pas par « conversion », mais par compensation de créance. Cette dernière entraîne une extinction définitive de la créance initiale avant ou, au mieux, simultanément à la naissance du droit nouveau. Il est loin d'être certain que l'on puisse, sans débat, parler de caractère préalable de l'indemnisation justifiant de l'expropriation du droit de créance.

17 - Au surplus, on relèvera une nouvelle contradiction curieuse : d'une part, le créancier minoritaire qui n'a aucune vocation naturelle à devenir actionnaire, est exproprié de son droit pour souscrire, contre son gré, au capital, alors que, d'autre part, une telle souscription ne peut juridiquement pas être exigée de l'actionnaire.

B. - Violation du principe constitutionnellement protégé de la liberté de ne pas contracter

18 - La liberté contractuelle, déjà consacrée par le Conseil constitutionnel en ce qu'elle découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen [16], a été expressément insérée dans le Code civil par l'ordonnance du 10 février 2016 [17].

11. *F.-X. Lucas, Le traitement des difficultés de l'entreprise à l'épreuve des droits de l'actionnaire : propriété économique et propriété juridique, qui doit financer la restructuration ? : BJE sept.-oct. 2013, 110k2, p. 332.*
12. Notamment *Cons. const., 16 janv. 1982, n° 81-132 DC.*
13. V. *JCl. Europe Traité, fasc. 6523, Convention européenne des Droits de l'Homme. – droits garantis. – Droit de propriété et droit à la non-discrimination, par F. Sudre.*
14. *M. Fargues, La conversion de créance en capital, mémoire (ss dir.) du professeur Michel Germain : Université Paris II Panthéon-Assas, mai 2011.*
15. *G. Couturier, Droit des sociétés et droit des entreprises en difficulté : LGDJ, coll. Thèses, Bibl. dr. entr. diff., 2013, n° 626 à 643.*
16. *Cons. const., 13 juin 2013, n° 2013-672 DC : JurisData n° 2013-023077.*
17. *Ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.*

L'article 1102 nouveau du Code civil précise que « *chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi* ».

À l'évidence, le fait d'imposer, par le jeu de la majorité du comité, à un créancier ayant manifesté son refus exprès de souscrire à une émission de titres et, donc, d'adhérer au contrat de la société émettrice, n'est pas compatible avec les dispositions de l'article 1102 précité.

En l'absence de volonté d'adhérer au contrat de société la question de l'*affectio societatis* doit également être examinée.

C. - La violation du principe fondamental de l'*affectio societatis*

19 - L'*affectio societatis* se définit traditionnellement par la volonté de chaque associé de contribuer à la réalisation de l'objet social [18]. La doctrine majoritaire le considère comme un élément constitutif indispensable des sociétés par actions, mêmes lorsqu'elles sont cotées [19].

20 - S'agissant de ces dernières, on a en effet pu penser que la souscription à leur capital procédait plus d'une intention spéculative que de celle de la réalisation de l'objet social.

Les faits traduisent une réalité souvent différente et la résurgence de la considération de la personne dans les sociétés de capitaux se traduit, notamment, par le développement de techniques contractuelles dont l'objectif est de contrôler l'accès au capital de sociétés cotées (par le renforcement, notamment, (i) du droit à l'information relative à l'identification des actionnaires, (ii) de la reconnaissance des avantages particuliers consentis en fonction de la personne de l'actionnaire tels que dividendes préférentiels, droits de vote doubles, (iii) du droit de sortie des actionnaires minoritaires comme conséquence de la modification de la participation de certains actionnaires etc...) [20].

21 - Aussi, l'accession forcée au capital d'un créancier subissant la conversion de sa créance et donc naturellement dépourvue d'un quelconque *affectio societatis* est-elle fortement discutable. Il s'ensuit que, sur le fond, la conversion forcée de créance en capital par l'application des règles de majorité en comité est fortement critiquable.

En outre, élever une prétention sur le fondement de l'abus de majorité dans le cadre d'un comité de créanciers pose des difficultés sérieuses.

4. Mise en œuvre de la contestation et évolution nécessaire

22 - Aux termes de l'article L. 626-31 [21] du Code de commerce, le tribunal, statuant sur le projet de plan « *(...) s'assure que les intérêts de tous les créanciers sont suffisamment protégés, (...)* », ce qui signifie que, s'il estime que ce critère n'est pas rempli, il peut refuser d'homologuer le plan.

Le principe même de la défense des intérêts des créanciers est donc inscrit dans la loi. Mais encore faut-il que le tribunal puisse faire effectivement son office.

C'est loin d'être évident dans le contexte procédural des sauvegardes accélérées (financières ou non) où les délais sont, par nature, très courts et, donc, difficilement compatibles avec un examen serein et approfondi du projet de plan, en opportunité et en équité, par le tribunal.

Ensuite, le tribunal serait garant des intérêts « *(...) de tous les créanciers (...)* ». Faut-il prendre l'expression comme renvoyant à la collectivité des créanciers ou à la somme de tous les créanciers pris individuellement ?

Dans le premier cas, le tribunal pourrait se contenter de statuer au vu de la seule majorité qui se serait exprimée dans le cadre du comité. Mais alors le texte aurait dû prévoir que le tribunal « s'assure que les intérêts des créanciers sont suffisamment protégés ».

Par élimination, en visant « *tous les créanciers* » le texte renvoie plutôt à la seconde interprétation, ce qui suppose donc qu'il prenne en compte la lésion éventuelle des minoritaires.

23 - Par ailleurs, on sait que la voie de la tierce opposition à un jugement qui homologuerait le plan est étroite en ce qu'elle suppose, pour être recevable, que le créancier qui s'estime lésé justifie d'un intérêt propre distinct de ceux de la collectivité des créanciers puisque le mandataire judiciaire représente cette dernière. Mais, dans ce cas, il ne porte pas la voix des minoritaires opposants au plan voté en comité, de sorte que le tribunal n'est pas en mesure d'apprécier si les intérêts de tous les créanciers sont effectivement protégés. La tierce opposition n'est donc pas une option pour permettre au créancier minoritaire d'élever une prétention sur le fondement de l'abus de majorité.

24 - La voie de recours ouverte au créancier qui s'estime lésé par les articles L. 626-34-1 et R. 626-63 relativement à l'application des articles L. 626-30 à L. 626-32 du Code de commerce – lesquels disposent les règles de fonctionnement des comités – apparaît plus opérationnelle.

La procédure consiste, pour le créancier, à déposer au greffe, dans les 10 jours à compter du vote du comité dont il est membre, une contestation [22] qui sera entendue au cours de l'audience pendant laquelle le tribunal examinera le plan *(C. com., art. L. 626-31)*.

C'est dans le cadre de ce recours que certains auteurs ont retenu que la question de l'abus de majorité devait être débattue [23]. Cette procédure permet ainsi d'élever une contestation contre une conversion de créance en titres de la société débitrice imposée à un créancier par la règle de la majorité au sein du comité.

Ce recours pose cependant un certain nombre de difficultés.

25 - Tout d'abord, la contestation doit être déposée au greffe du tribunal dans les 10 jours suivant le vote alors que :

- l'assemblée générale des actionnaires n'a même pas voté l'augmentation de capital envisagée ; et,
- le projet de plan n'ayant de sens qu'en présence d'un vote favorable de ladite assemblée, le dépôt du rapport de l'administrateur qui saisit le tribunal en vue de l'examen du plan peut ne pas être intervenu avant l'expiration du délai.

Outre les problèmes pratiques qui peuvent en découler, la validité juridique d'un dépôt au greffe d'une contestation qui n'est pas liée à une saisine préalable du tribunal peut poser question.

26 - Ensuite, l'article L. 626-34-1 [24] prévoit que le tribunal statue, dans un même jugement, sur les contestations relatives à l'application des articles L. 626-30 à L. 626-32 du Code de commerce et sur l'arrêté ou la modification du plan.

Il s'ensuit qu'en cas de succès de la prétention – mettant donc en évidence que la protection des intérêts de tous les créanciers n'a pas été assurée – le tribunal n'a pas d'autre choix que de rejeter le plan dans son intégralité. C'est la difficulté relevée par plusieurs praticiens reconnus qui soulignent également que cette purge des contestations permet potentiellement à un créancier d'empêcher

18. *Dictionnaire du vocabulaire juridique 2016, sous la direction de Rémy Cabrillac : LexisNexis.*
19. Notamment *M. Rousseau, L'intuitus personae dans les sociétés par actions : Rev. jur. Ouest 1995, n° 1, p. 23-52. – A. Morin, Intuitus personae et sociétés cotées : RTD com. 2000, p. 299. – JCl. Sociétés Traité, fasc. 20-10, par Y. Guyon.*
20. *A. Morin, préc. note n° 18.*
21. *C. com., art. L. 631-19,* pour les procédures de redressement judiciaire.
22. En sauvegarde, *C. com., art. L. 626-34-1 et R. 626-63* et en redressement judiciaire, *C. com., art. L. 631-18 et R. 631-37.*
23. Notamment, *P.-M. Le Corre, Droit et pratique des procédures collectives : Dalloz-Action, 8e éd. 2015-2016, n° 513.43.*
24. Pour les plans issus d'une procédure de redressement judiciaire, *C. com., art. L. 631-19.*

l'adoption du plan dans son entier par le seul exercice d'une voie de recours individuelle dont le périmètre est pourtant limité aux règles de fonctionnement du comité dont il est membre [25].

En conséquence, certains de ces praticiens appellent de leurs vœux une modification de la loi pour limiter l'issue du recours individuel au seul octroi de dommages et intérêts. D'autres proposent que le tribunal ait le choix desdites sanctions (rejet en tout ou partie du plan et/ou octroi de dommages et intérêts). Selon nous, la seconde option semble à privilégier en ce qu'elle laisse au tribunal la possibilité de retenir, en opportunité et proportionnalité, la meilleure sanction à prononcer selon le cas d'espèce.

Une évolution est également nécessaire en ce que la disproportion entre l'objet de la contestation et les conséquences de son succès peut entraver tant la formulation que l'examen effectif et serein de la demande. D'abord parce que le créancier, victime d'un abus de majorité au sein d'un comité, qui souhaite simplement voir préserver ses droits sans pour autant remettre en cause la totalité du plan, peut hésiter à l'initier ou subir des pressions qui le conduisent à y renoncer. Ensuite parce que le tribunal peut être tenté de l'écarter sans examen effectif.

27 - Enfin, il faut relever que, dès la création des comités de créanciers et avant même que les conversions de créance en titres soient légalement redues possibles, la doctrine avait déjà anticipé les difficultés pouvant être générées par une telle possibilité et suggéré une solution [26].

25. *« La sauvegarde financière accélérée » – Table ronde – Maître Hélène Bourbouloux, Christophe Basse, Philippe Dubois et Dominique Bompoint : Rev. proc. coll. 2011, entretien 2.*

26. *R. Damman, Les comités de créanciers dans la loi de sauvegarde : Rev. Lamy dr. aff. mars 2006, étude n° 167, p. 65.*

Elle signalait que :

- la loi de sauvegarde ne prévoit aucune disposition dérogeant au principe selon lequel *« nul ne peut être forcé à devenir actionnaire contre son gré »* ;

- par analogie, une majorité, même qualifiée, ne peut imposer un changement de la *lex societatis* à un actionnaire minoritaire ;

- dans le même ordre d'idées, lorsque le tribunal subordonne l'adoption du plan au remplacement d'un dirigeant, les organes de la société doivent délibérer sur une telle demande.

Il pouvait alors en être déduit que la seule possibilité de prévoir des conversions de créances en titres dans un plan soumis au vote des comités serait de les proposer dans le cadre d'un projet laissant un choix entre la conversion et un autre traitement (remise ou délai). Elle affirmait même que, pour que l'abus de majorité ne soit pas qualifié, il fallait que le traitement alternatif ne soit pas si défavorable que le créancier minoritaire se trouve contraint d'accepter la conversion.

28 - Dans le contexte de développement des pratiques anglo-saxonnes dans des dossiers de droit interne, il paraît donc nécessaire que le législateur s'intéresse à la protection effective des droits des créanciers minoritaires dans le cadre des comités. Et ce, pour que l'esprit initial dans lequel le législateur a rétabli un peu de consensualisme dans les procédures collectives en créant les comités retrouve un peu de vigueur. ■

Mots-Clés : Plan - Adoption - Comité de créanciers - Créancier minoritaire

Comité de créanciers - Loi de la majorité - Droits des créanciers minoritaires