

LES ASSOCIÉS DANS LE DROIT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

Le point de départ de la réflexion est un constat : celui de l'insuffisance des dispositions du Livre VI du Code de commerce (relatif aux « Difficultés des entreprises ») concernant ces débiteurs particuliers que sont les sociétés civiles ou commerciales, lesquelles constituent pourtant une part très importante des débiteurs faisant l'objet des mesures de prévention et de traitement des difficultés. L'absence en droit positif d'un véritable « droit des sociétés en difficulté » se fait tout particulièrement ressentir s'agissant du sort réservé aux associés de la société débitrice. En effet, la matière ne leur a toujours consacré que quelques dispositions éparses et incomplètes. La dernière décennie constitue certes une rupture. L'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014, et les réformes qui lui ont succédé, traduisent un changement de philosophie : l'heure est désormais au rééquilibrage des rapports entre les parties prenantes dans la procédure collective et le législateur s'emploie, dans cet objectif, à faire contribuer les associés au processus de traitement des difficultés en autorisant certaines atteintes à leurs droits dans la société, tout en favorisant dans le même temps l'accroissement de leurs obligations. L'ampleur de ces évolutions ne doit toutefois pas être surestimée. L'encadrement du sort de l'associé d'une société en difficulté reste encore lacunaire et incomplet en droit positif. Un approfondissement des règles du droit des entreprises en difficulté relatives aux associés permettrait pourtant d'adapter au contexte de difficultés sociales les règles traditionnelles du droit des sociétés, dont l'application – en l'absence de textes spécifiques – vient souvent entraver voire faire obstacle aux mesures de traitement de la défaillance mises en œuvre. Il serait aussi l'occasion de conférer aux associés un – légitime – rôle d'acteur de premier plan dans le sauvetage de leur société. Le traitement de l'associé en droit des entreprises en difficulté mérite donc d'être repensé et approfondi, cela au service d'une plus grande efficacité de la matière. Cette réflexion peut être menée à travers l'étude du statut primaire et des statuts complémentaires de l'associé en droit des entreprises en difficulté.

La première partie de la thèse se propose de dresser le statut primaire de l'associé regroupant l'ensemble des règles applicables à tout associé d'une société en difficulté. Ce statut primaire se révèle, dans son état actuel, inachevé sur deux aspects : l'absence d'implication des associés dans le processus de traitement des difficultés et le sous-encadrement de leurs droits et obligations dans la société.

En premier lieu, les associés demeurent en effet dépourvus d'un véritable rôle dans le traitement amiable et judiciaire des difficultés. Un décalage existe cependant entre le rôle *a priori* mineur des associés ainsi suggéré par les textes, et celui pourtant fondamental qu'ils

peuvent jouer en pratique. Quelques évolutions permettraient de promouvoir les associés au rang d'acteurs de premier plan. S'agissant de prévenir les difficultés, l'« embryon d'alerte » actuellement reconnu aux associés pourrait ainsi être transformé en un véritable droit d'alerte, assorti d'une sanction effective, qui leur permettrait de confronter le dirigeant social à l'existence de difficultés et de le contraindre à réagir. L'objectif de prévention des difficultés en sortirait renforcé. Par ailleurs, les prérogatives des associés dans le traitement amiable et anticipé des difficultés de la société devraient être renforcées, notamment s'agissant du déclenchement des mesures de mandat *ad hoc* et de conciliation. Institutionnaliser ainsi le rôle des associés serait légitime, puisqu'ils sont concernés au premier chef par la défaillance de la société, et cohérent, au regard de la contribution souvent déterminante qui peut être la leur dans le succès de ces dispositifs. Les textes actuels écartent également les associés du traitement judiciaire des difficultés. Les associés, qui peuvent être définis comme les parties au contrat de société, ce que sous-tend une analyse contractuelle de la société, forment une partie prenante particulière et autonome, distincte des autres parties prenantes dans la procédure collective. Or contrairement à ces dernières, ils ne sont pas impliqués dans le déroulement de la procédure et n'y bénéficient d'aucun organe de représentation et de défense de leurs intérêts. L'institution d'un représentant des associés investi de la mission de représenter dans la procédure la collectivité des associés, de faire le lien entre cette dernière, le tribunal et les organes de la procédure, mais aussi de conseiller les associés dans cette période de crise, permettrait d'y remédier et de faciliter par là-même le déroulement de la procédure collective. L'efficacité des dispositifs du Livre VI du Code de commerce en sortirait renforcée.

En second lieu, la procédure collective modifie la condition d'associé en affectant l'ensemble des droits et obligations attachés à la qualité d'associé. Le contexte et le dispositif de la procédure affectent les droits financiers de l'associé, son droit d'information, et ses prérogatives en matière de défense de l'intérêt social ou de ses intérêts propres dans la société. Par ailleurs, le Livre VI du Code de commerce autorise, lorsque l'impératif de traitement des difficultés de la société l'exige, qu'il soit porté atteinte au droit de l'associé de désigner les dirigeants sociaux, à son droit de vote mais aussi à ses droits patrimoniaux. La transposition prochaine de la directive « Restructuration et insolvabilité » du 20 juin 2019, dont certaines dispositions insistent sur la nécessité de lutter contre l'opposition déraisonnable des associés à l'adoption d'un plan de restructuration, pourrait conduire au renforcement de ces atteintes. Les obligations de l'associé sont également touchées. En effet, le législateur et la jurisprudence sollicitent, au bénéfice de la procédure collective, son obligation de libérer intégralement l'apport souscrit, de contribuer aux pertes et de répondre des dettes sociales. Par ailleurs, l'introduction en redressement judiciaire d'une obligation de reconstitution des capitaux propres, et de mesures de dilution forcée de la participation des associés dans le capital ou de cession forcée de leurs titres sociaux, révèle en creux le développement d'un devoir de soutien de la société en difficulté, entendu cependant non pas comme une obligation

positive de financer la restructuration, mais comme le devoir de ne pas faire obstacle au processus de traitement des difficultés. L'étude du statut primaire de l'associé et de ses imperfections offre donc une première occasion de formuler diverses propositions susceptibles de renforcer les dispositifs actuels du droit des entreprises en difficulté.

Ce statut primaire est toutefois à lui seul impuissant à décrire dans son ensemble le traitement réservé aux associés en droit des entreprises en difficulté. L'analyse doit donc être poursuivie. **La seconde partie de la thèse** est l'occasion de constater que le Livre VI du Code de commerce réserve certaines de ses règles à des associés déterminés. Le regroupement de ces règles – dans un esprit de système – révèle et conduit à reconnaître l'existence d'un, voire de plusieurs, statuts complémentaires propres à des types particuliers d'associé. Ainsi, l'associé cumulant cette première qualité avec celle de dirigeant se voit ponctuellement appliquer des dispositions spéciales, qui forment – virtuellement tout au moins – le statut complémentaire de l'associé dirigeant d'une société en difficulté. Cette approche « sélective » est justifiée en ce qu'elle tire les conséquences du pouvoir que confère ce cumul de qualités. Elle pourrait opportunément être étendue à des situations autres que celle d'un cumul de qualités par l'associé. Ainsi, l'associé qui contrôle la société bénéficie d'un pouvoir spécifique qui échappe aux associés « ordinaires ». La consécration d'un statut complémentaire de l'associé « prépondérant » mérite alors d'être envisagée. Enrichir le droit des entreprises en difficulté de ces statuts complémentaires, aux côtés du statut primaire, permettrait une approche plus « fine » des associés, au service d'une meilleure efficacité de la matière

Tout d'abord, il convient donc de s'interroger sur l'opportunité de faire émerger en droit positif un nouveau statut complémentaire de l'associé prépondérant. L'associé qualifié de « prépondérant », dont l'identification pourrait reposer sur les critères du contrôle d'une société tels que définis par le Code de commerce, occupe une position singulière dans la société qui justifie que lui soit reconnu un statut particulier. Ce statut complémentaire ne serait au demeurant pas une création *ex nihilo*, puisque quelques dispositions du Livre VI du Code de commerce, auxquelles s'ajoutent certaines solutions émanant de la jurisprudence, révèlent déjà l'application en droit positif de règles particulières à l'associé qui contrôle la société, notamment dans le cadre des groupes de sociétés. Disposant du pouvoir dans la société, l'associé prépondérant y joue naturellement un rôle actif et de premier plan lorsqu'elle est *in bonis*. Rien ne justifie qu'il n'en soit pas de même lorsque la société est confrontée à des difficultés. L'associé prépondérant doit ainsi être un acteur particulièrement vigilant de la prévention et de l'anticipation des difficultés, ce qui pourrait justifier de lui reconnaître un devoir d'alerte, quand l'associé « ordinaire » ne bénéficie que d'un droit d'alerte facultatif, et de lui conférer un pouvoir – subsidiaire – de déclenchement des dispositifs de traitement anticipé des difficultés en cas de carence des dirigeants sociaux. L'implication de l'associé prépondérant est également légitime au stade du traitement

judiciaire des difficultés. Différents instruments permettent de l'inciter à œuvrer au sauvetage de la société. Toutefois, lorsque l'incitation reste sans effet, des mécanismes de contrainte devraient être instaurés afin de le responsabiliser dans le cadre de la procédure collective. Il serait par ailleurs opportun de consacrer une responsabilité de l'associé prépondérant, lequel doit légitimement répondre des fautes commises en cette qualité, dont le modèle pourrait être celui de la responsabilité pour insuffisance d'actif des dirigeants de sociétés placées en liquidation judiciaire. L'ensemble de ces évolutions permettrait de rétablir le lien « naturel » qui doit unir le pouvoir à la responsabilité.

Le statut complémentaire de l'associé prépondérant formerait alors un second statut complémentaire à côté de celui de l'associé dirigeant. La situation particulière de certains associés résulte parfois d'un cumul de qualités, le plus souvent de celles d'associé et de dirigeant (de droit ou de fait) de la société. Ce cumul de qualités déclenche l'application de règles particulières lorsque la société fait l'objet d'une procédure collective, lesquelles composent en d'autres termes un statut complémentaire de l'associé dirigeant. Les droits de l'associé dirigeant, et tout particulièrement son droit de vote et ses droits patrimoniaux, font l'objet de restrictions tout au long du déroulement de la procédure. Les textes autorisent ainsi une application « utilitariste » de ses prérogatives au service du traitement des difficultés, dont l'encadrement pourrait être perfectionné. Par ailleurs, l'associé dirigeant se voit automatiquement assujéti à l'ensemble des sanctions professionnelles et pénales que le Livre VI du Code de commerce réserve aux dirigeants sociaux. Cette double qualité emporte aussi pour l'associé le risque de voir dans la procédure de liquidation judiciaire sa responsabilité engagée en cas d'insuffisance d'actif de la société. Cette responsabilité devrait d'ailleurs connaître à l'avenir de nouveaux développements sous l'influence de la directive « Restructuration et insolvabilité » du 20 juin 2019. Le texte, dont l'une des priorités est l'anticipation des difficultés par les dirigeants sociaux, pourrait venir conforter la jurisprudence de certaines juridictions du fond ayant reconnu la responsabilité des dirigeants sociaux pour ne pas avoir eu recours aux dispositifs de traitement amiable et anticipé des difficultés. L'associé dirigeant encourt enfin une dernière forme de sanction, en voyant étendre sur son patrimoine personnel la procédure collective de la société, en cas d'usage abusif de la personnalité morale. La mise en œuvre de ce mécanisme, teinté d'une dimension sanctionnatrice, mériterait toutefois de demeurer exceptionnelle.

L'approfondissement du traitement réservé par le droit des entreprises en difficulté aux associés, dans le cadre du statut primaire et des statuts complémentaires de l'associé prépondérant et de l'associé dirigeant, constituerait un utile levier pour perfectionner les dispositifs du Livre VI du Code de commerce et en accroître l'efficacité.