

BIBLIOTHÈQUE  
DE DROIT  
DES ENTREPRISES  
EN DIFFICULTÉ  
TOME 22

*Dirigée par*

**François-Xavier Lucas**

*Professeur à l'École de droit de la Sorbonne (Université de Paris I)*

# LES ASSOCIÉS DANS LE DROIT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

---

---

Olivier Maraud

*Préface de*

*Laura Sautonie-Laguionie*



BIBLIOTHÈQUE  
DE DROIT  
DES ENTREPRISES  
EN DIFFICULTÉ  
TOME 22

*Dirigée par*  
**François-Xavier Lucas**  
*Professeur à l'École de droit de la Sorbonne (Université de Paris I)*

# LES ASSOCIÉS DANS LE DROIT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

---

**Olivier Maraud**  
Docteur en droit

*Préface de*  
**Laura Sautonie-Laguionie**  
Professeur à l'Université de Bordeaux



© 2021, LGDJ, Lextenso  
1, Parvis de La Défense  
92044 Paris – La Défense  
[www.lgdj-editions.fr](http://www.lgdj-editions.fr)

ISBN : 978-2-275-09071-9    ISSN : 2268-5499

## REMERCIEMENTS

*Je tiens à remercier tout particulièrement Madame le Professeur Laura Sautonie-Laguionie pour ses enseignements, ses conseils avisés, sa rigueur et son accompagnement tout au long de ce travail de thèse.*

*Je remercie les professeurs Marie-Hélène Monsérié-Bon, Jocelyne Vallansan, Nicolas Borga et Bernard Saintourens, pour leur participation au jury de soutenance de cette thèse.*

*À Inès, ma famille et mes amis, pour leur précieux soutien et leur aide.*



## PRÉFACE

Certains sujets de thèse sont à la fois les sujets d'une époque comme des sujets intemporels. Le sujet donné à M. Olivier Maraud est certainement de ceux-là. En effet, les rapports entretenus par le droit des sociétés et le droit des entreprises en difficulté ont déjà été étudiés par le passé tant les deux matières sont étroitement liées. La période contemporaine justifiait néanmoins qu'une nouvelle étude y soit consacrée, et qu'elle soit centrée sur les membres de la société en difficulté. En effet, alors même que les associés vont subir les conséquences de l'ouverture d'une procédure collective ou pourraient être à l'origine d'un recours aux procédures amiables, le droit des entreprises en difficulté les ignore assez largement. Rares sont en effet les dispositions qui concernent les associés. Pourtant, à l'heure où le droit des entreprises en difficulté sollicite de plus en plus les différentes parties prenantes, il n'était plus possible de laisser ainsi de côté les membres de la société.

La thèse de Monsieur Olivier Maraud était donc particulièrement attendue afin de livrer une analyse renouvelée du rôle des associés dans le droit des entreprises en difficulté, et à peine a-t-elle été soutenue qu'il a obtenu sa publication dans cette belle collection dirigée par le Professeur François-Xavier Lucas. L'auteur propose une étude personnelle et originale du sujet traité qui retient l'intérêt tant sur le plan académique que sur le plan pratique.

Derrière le terme associé, l'auteur a tenu compte de la diversité des sociétés et de leurs membres. Il est acquis que l'associé d'une SARL familiale n'a pas la même implication qu'un actionnaire très minoritaire d'une SA ou SAS. Si des devoirs et des obligations peuvent être identifiés au seul titre de la qualité d'associé, M. Maraud démontre qu'il faut réserver une place à part à certains associés, parmi lesquels il fait émerger une nouvelle catégorie : celle d'associé prépondérant.

Le statut primaire qui joue pour tout associé d'une société en difficulté révèle un manque de considération de ces parties prenantes par le droit des entreprises en difficulté. Qu'il s'agisse de la prévention ou du traitement des difficultés, peu leur est finalement demandé. Si cela peut tout à fait s'entendre dans l'idée même que c'est la personne morale qui est en difficulté et non ses membres, et qu'il faut respecter la séparation des patrimoines ainsi constituée, il n'en demeure pas moins qu'un rôle plus actif pourrait être conféré aux associés, et ce, sans pour autant nier leur représentation par le dirigeant social. L'octroi de certaines prérogatives ou d'une représentation de cette partie prenante que constituent les associés permettrait d'équilibrer leur statut qui, par ailleurs, leur impose une altération de certains de leurs droits.

Outre la mise au jour de ce statut primaire, M. Maraud montre qu'un statut complémentaire doit également être reconnu à l'associé prépondérant et à l'associé

dirigeant, qui l'un comme l'autre ont un poids dans la société qui justifie un traitement distinct. Si le droit des entreprises en difficulté s'est jusqu'ici intéressé au sort du dirigeant social, il n'en est rien pour l'associé prépondérant. C'est alors l'intérêt de la thèse proposée qui, non seulement permet de qualifier un tel associé, mais aussi de l'impliquer activement dans le traitement des difficultés de sa société, que ce soit par des prérogatives nouvelles ou par une certaine responsabilisation.

Pour parvenir à une telle démonstration d'ensemble, M. Maraud a mobilisé le droit des entreprises en difficulté, le droit des sociétés, mais aussi le droit des contrats, en participant à l'analyse contractuelle du rapport qui lie l'associé à la société. Ses recherches ont également dû suivre l'évolution constante de ces matières, de la loi Pacte à la directive sur les restructurations préventives du 20 juin 2019, dont la transposition se fera en France d'ici juillet 2021. C'est donc bien une thèse de son époque que livre ici l'auteur, et qui, à n'en pas douter, pourra servir à d'autres chercheurs à l'avenir compte tenu de sa qualité et des évolutions à suivre.

Mais ce sont aussi les futures analyses de M. Maraud que j'aurai à l'avenir plaisir à lire, tout comme j'ai beaucoup apprécié d'encadrer ses travaux de doctorat. J'espère que l'Université saura garder ses talents, et qu'une belle carrière d'enseignant-chercheur attend Monsieur Olivier Maraud.

Laura SAUTONIE-LAGUIONIE  
*Professeur à l'Université de Bordeaux*

## PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

<i>Actes prat. ing. sociétaire</i>	<i>Actes pratiques et ingénierie sociétaire</i>
adde	ajouter
AJDA	<i>Actualité juridique de droit administratif</i>
al.	alinéa
APC	<i>Actualités des procédures collectives</i>
APD	<i>Archives de Philosophie du droit</i>
art.	article
art. préc.	article précité
bibl.	bibliothèque
BJB	<i>Bulletin Joly Bourse</i>
BJE	<i>Bulletin Joly Entreprises en difficulté</i>
BJS	<i>Bulletin Joly Sociétés</i>
BJT	<i>Bulletin Joly Travail</i>
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. consom.	Code de la consommation
C. mon. fin.	Code monétaire et financier
C. trav.	Code du travail
CA	Cour d'appel
Cass. Ass. plén.	Arrêt d'Assemblée plénière de la Cour de cassation
Cass. civ.	Arrêt de chambre civile de la Cour de cassation
Cass. com.	Arrêt de chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. mixte	Arrêt d'une chambre mixte de la Cour de cassation
CCC	<i>Contrats – concurrence – consommation</i>
CDE	Cahiers de droit de l'entreprise
cf.	<i>confer</i> (se référer à)
chron.	chronique
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
coll.	collection
comp.	comparer
concl.	conclusions
<i>contra</i>	en sens contraire
D.	<i>Recueil Dalloz</i>
<i>D. Affaires</i>	<i>Dalloz Affaires</i>
dact.	dactylographié

<i>Defrénois</i>	<i>Répertoire Defrénois</i>
dir.	sous la direction de
<i>Dr. et patr.</i>	<i>Droit &amp; Patrimoine</i>
<i>Dr. et procéd.</i>	<i>Droit et procédures</i>
<i>Dr. ouvrier</i>	<i>Revue Le Droit ouvrier</i>
<i>Dr. pénal</i>	<i>Revue Droit pénal</i>
<i>Dr. soc.</i>	<i>Revue Droit social</i>
<i>Dr. sociétés</i>	<i>Revue Droit des sociétés</i>
éd.	Édition
<i>Environnement</i>	<i>Revue Environnement et développement durable</i>
fasc.	fascicule
fasc. préc.	fascicule précité
<i>Gaz. Pal.</i>	<i>Gazette du Palais</i>
<i>ibid.</i>	<i>ibidem</i> (au même endroit)
IFPPC	Institut Français des Praticiens des Procédures collectives
<i>in</i>	dans
<i>infra</i>	ci-dessous
<i>J.-Cl. Civil Code</i>	<i>JurisClasseur Civil Code</i>
<i>J.-Cl. Com.</i>	<i>JurisClasseur Commercial</i>
<i>J.-Cl. Proc. coll.</i>	<i>JurisClasseur Procédures collectives</i>
<i>J.-Cl. Sociétés (Traité)</i>	<i>JurisClasseur Sociétés (Traité)</i>
JCP E	<i>La Semaine Juridique</i> , édition Entreprises et affaires
JCP G	<i>La Semaine Juridique</i> , édition Générale
JCP N	<i>La Semaine Juridique</i> , édition Notariale et immobilière
JCP S	<i>La Semaine Juridique</i> , édition Sociale
<i>Journ. sociétés</i>	<i>Journal des sociétés</i>
L.	loi
LEDEN	<i>L'Essentiel Droit des entreprises en difficulté</i>
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	<i>Les petites affiches</i>
n°	numéro
not.	notamment
obs.	observation
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatum</i> (ouvrage cité)
ord.	ordonnance
p.	page
pan.	panorama
préf.	Préface
<i>Procédures</i>	<i>Revue Procédures</i>
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUB	Presses universitaires de Bordeaux
PUF	Presses universitaires de France
rapp.	rapprocher de
RCA	<i>Revue Responsabilité civile et Assurances</i>
<i>RD bancaire et bourse</i>	<i>Revue de droit bancaire et bourse</i>
<i>RD bancaire et fin.</i>	<i>Revue de droit bancaire et financier</i>
RDC	<i>Revue des contrats</i>

<i>Rép. civ. Dalloz</i>	<i>Répertoire de droit civil Dalloz</i>
<i>Rép. com. Dalloz</i>	<i>Répertoire de droit commercial Dalloz</i>
rép. préc.	répertoire précité
<i>Rép. sociétés Dalloz</i>	<i>Répertoire de droit des sociétés Dalloz</i>
<i>Rev. Banque</i>	<i>Revue Banque</i>
<i>Rev. crit. lég. jurisp.</i>	<i>Revue critique de législation et de jurisprudence</i>
<i>Rev. dr. trav.</i>	<i>Revue de droit du travail</i>
<i>Rev. franç. gestion</i>	<i>Revue française de gestion</i>
<i>Rev. sociétés</i>	<i>Revue des sociétés</i>
<i>RID comp.</i>	<i>Revue internationale de droit comparé</i>
<i>RJ com.</i>	<i>Revue de jurisprudence commerciale</i>
<i>RJDA</i>	<i>Revue de jurisprudence de droit des affaires</i>
<i>RLDA</i>	<i>Revue Lamy Droit des Affaires</i>
<i>RLDC</i>	<i>Revue Lamy Droit des Contrats</i>
<i>RPC</i>	<i>Revue des procédures collectives</i>
<i>RRJ</i>	<i>Revue de la recherche juridique – Droit prospectif</i>
<i>RTD civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
<i>RTD com.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit commercial</i>
s.	suisvant
S.	<i>Sirey</i>
<i>Sem. soc. Lamy</i>	<i>Semaine sociale Lamy</i>
SLC	Société de législation comparée
spéc.	spécialement
<i>supra</i>	ci-dessus
t.	tome
tabl.	tableau
th. préc.	thèse préc.
V.	voir
V. cep.	voir cependant
V. égal.	voir également
V. not.	voir notamment
V°	<i>Verbo</i> (mot)
vol.	volume



# SOMMAIRE

## INTRODUCTION

### **PREMIÈRE PARTIE LE STATUT PRIMAIRE DE L'ASSOCIÉ EN DROIT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ**

#### **Titre I : Le rôle mineur des associés dans la prévention et le traitement des difficultés**

Chapitre I. Des acteurs secondaires de la prévention et du traitement amiable des difficultés

Chapitre II. Des acteurs négligés dans le traitement judiciaire des difficultés

#### **Titre II : Les incidences du droit des entreprises en difficulté sur la condition d'associé**

Chapitre I. Les atteintes aux droits des associés

Chapitre II. L'aggravation des obligations des associés

### **SECONDE PARTIE LES STATUTS COMPLÉMENTAIRES DE CERTAINS ASSOCIÉS EN DROIT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ**

#### **Titre I : Le statut complémentaire de l'associé prépondérant**

Chapitre I. La notion d'associé prépondérant

Chapitre II. Le contenu du statut de l'associé prépondérant

#### **Titre II : Le statut complémentaire de l'associé dirigeant**

Chapitre I. L'encadrement des prérogatives de l'associé dirigeant

Chapitre II. Les sanctions de l'associé dirigeant

## CONCLUSION GÉNÉRALE



# INTRODUCTION

**1. Le temps d'un droit des sociétés en difficulté ?** – Du droit des faillites au droit des entreprises en difficulté, l'évolution est bien connue, sa présentation presque un poncif<sup>1</sup>. La prochaine étape ne sera-t-elle pas l'émancipation d'un véritable droit des sociétés en difficulté<sup>2</sup> ? Les chiffres sont en effet éloquentes : plus des trois quarts des débiteurs en procédure collective sont des sociétés<sup>3</sup>. Le schéma d'un droit des faillites forgé pour le commerçant personne physique, dont l'incarnation pourrait être le César Birotteau de Balzac<sup>4</sup>, est aujourd'hui largement dépassé. L'activité économique – commerciale, artisanale, agricole, libérale – s'exerce désormais principalement sous la forme sociale : les sociétés ont conquis l'entreprise<sup>5</sup>. Les personnes morales, au premier rang desquelles les sociétés, sont

---

1. V. l'article de référence : J. PAILLUSSEAU, *Du droit des faillites au droit des entreprises en difficulté*, in Études offertes à Roger Houin : problèmes d'actualité posés par les entreprises, Dalloz-Sirey, Paris 1985, p. 109. V. aussi : F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, 10<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Manuel, Issy-les-Moulineaux, 2014, spéc. n° 1 et s.; C. SAINT-ALARY-HOUIN, M.-H. MONSÉRIÉ-BON et C. HOUIN-BRESSAND (avec le concours de), *Droit des entreprises en difficulté*, 12<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Domat Droit privé, Paris, 2020, n° 9 et s.; A. JACQUEMONT, N. BORGA, T. MASTRULLO, *Droit des entreprises en difficulté*, 11<sup>e</sup> éd., LexisNexis, coll. Manuel, Paris, 2019, n° 2; J. HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial*, PUF, coll. Droit fondamental, Paris, 1986, spéc. p. 330 (section III « De la faillite au droit des entreprises en difficulté »); P.-M. LE CORRE, *1807-2007, 200 ans pour passer du droit de la faillite du débiteur au droit de sauvegarde de l'entreprise*, *Gaz. Pal.* n° 202, 2007 (21 juill.), p. 3.

2. Pour des références au « droit des sociétés en difficulté », V. P. ROUSSEL GALLE, *L'introuvable droit des sociétés en difficulté*, in *Liber amicorum*. Mélanges en l'honneur de Philippe Merle, Dalloz, Paris, 2013, p. 607; M.-H. MONSÉRIÉ-BON, *Les retouches apportées au « droit des sociétés en difficulté »*, *Dr. et patr.* n° 238, 2014, dossier, p. 69; J.-P. LEGROS, *Le droit des sociétés en difficulté après la loi Macron*, *Dr. sociétés* n° 11, 2015, étude 17; M.-L. COQUELET, *Risques, responsabilités des associés d'une société en procédure collective*, *RPC* n° 6, 2010, dossier 6, spéc. n° 2; I. PARACHKÉVOVA, *La complexification des procédures collectives par le droit des sociétés*, in *Les procédures collectives complexes*, dir. A. CERATI-GAUTHIER et V. PERRUCHOT-TRIBOULET, Joly éditions, coll. Pratique des affaires, Issy-les-Moulineaux, 2017, p. 243, spéc. p. 245 et p. 246.

3. Il est intéressant de relever que dès les années soixante, soit avant l'extension du domaine des procédures collectives à l'ensemble des personnes morales de droit privé, le nombre de procédures ouvertes contre des sociétés était déjà très important en comparaison de celles visant des personnes physiques. Sur ce constat, V. not. A.-F. MORIN, *La faillite et le règlement judiciaire des sociétés*, thèse dact., Université de Paris, 1960, p. 1. V. aussi (avec un exemple chiffré) : R. HOUIN, *Permanence de l'entreprise à travers la faillite*, in *Aspects économiques de la faillite et du règlement judiciaire* (Rapport de l'Inspection Générale des Finances), Sirey, Paris, 1970, p. 135.

4. V. Y. GUYON, *Une faillite au début du XIX<sup>e</sup> siècle selon le roman de Balzac « César BIROTTEAU »*, in Études offertes à Alfred Jauffret, Faculté de droit et de science politique Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 1974, p. 377.

5. G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, Paris, 1946, n° 29, spéc. p. 70. Sur la notion d'entreprise V. not. M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*, thèse, LGDJ, coll. Bibl. dr. priv., Paris, 1957. L'auteur, après avoir relevé les diverses manifestations d'un phénomène de dissociation entre l'entreprise et l'entrepreneur, estime qu'est à l'œuvre un processus de « personification de l'entreprise » traduisant « une sorte d'évasion de l'entreprise de la personnalité de l'entrepreneur »

aujourd'hui les premiers sujets du droit des entreprises en difficulté. De nombreuses difficultés naissent alors de la confrontation des règles du Livre VI du Code de commerce, siège des dispositions du droit des entreprises en difficulté, avec le droit des sociétés<sup>6</sup>, et illustrent à nouveau, si besoin en était, que le droit des entreprises en difficulté est assurément une « *terre de conflits* »<sup>7</sup>... Le législateur s'est pourtant – et étonnamment – peu soucieux d'articuler ces deux corps de règles et d'instituer des dispositions propres aux sociétés, alors que l'évidence même suggère que le traitement de la défaillance de celles-ci ne va pas sans soulever des difficultés différentes que celui des personnes physiques<sup>8</sup>. La période récente révèle toutefois une certaine prise de conscience que formalise notamment l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014<sup>9</sup> en insérant au sein du Chapitre IV du Titre II du Livre VI du Code de commerce, une section spécialement dédiée aux « *Dispositions particulières aux sociétés* »<sup>10</sup>. L'avancée demeure toutefois modeste – voire symbolique – cette nouvelle section ne contenant pour l'instant qu'une unique disposition<sup>11</sup>. Le Livre VI du Code de commerce n'envisage encore que

---

(n° 357). Il y voit un sujet de droit « *naissant* » à côté de l'entrepreneur : « *dans l'état actuel de notre droit positif, l'entreprise peut seulement être considérée comme un sujet de droit "naissant". La personnalité juridique de l'entreprise est partout sous-jacente, mais ce n'est encore qu'exceptionnellement qu'elle affleure au grand jour de la jurisprudence et du droit positif. (...) L'entrepreneur voit ainsi se dresser à ses côtés un sujet de droit rival, avec qui il lui faut déjà compter et dont il devra de plus en plus tenir compte dans la mesure où l'évolution aujourd'hui amorcée ira jusqu'à son terme par la consécration pleine et entière de l'entreprise au rang des sujets de droit* » (n° 391). L'évolution prédite par l'auteur n'a pourtant pas eu lieu, en effet, soixante ans plus tard le droit ne reconnaît toujours pas à l'entreprise la personnalité morale (V. P. LE CANNU, B. DONDERO, *Droit des sociétés*, 8<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Domat Droit privé, Issy-les-Moulineaux, 2019, n° 55).

6. Pour une approche générale de la question, V. G. COUTURIER, *Droit des sociétés et droit des entreprises en difficulté*, thèse, LGDJ, coll. Bibl. dr. entr. diff., Paris, 2013 ; E. CHVIKA, *Droit privé et procédures collectives*, thèse, Defrénois, coll. Doctorat & Notariat, Paris, 2003 ; J.-M. CALENDINI, *Le régime juridique des sociétés commerciales en règlement judiciaire ou en liquidation des biens : recherches sur l'interaction du droit des sociétés et du droit des procédures collectives*, thèse dact., Paris II, 1983. V. aussi : A. MARTIN-SERF, *Faillite et personnes morales*, in Aspects actuels du droit commercial français. Études dédiées à René Roblot, LGDJ, Paris, 1984, p. 449, spéc. n° 42 et s. : l'auteur fustigeait déjà le manque de coordination entre la loi du 24 juillet 1966 et la loi du 13 juillet 1967. L'articulation du droit des entreprises en difficulté avec les autres branches du droit est une question inévitable puisque, selon le Professeur Grua, « *le droit de la faillite (...) est un agencement savant d'à peu près toutes les branches du droit* » (V. F. GRUA, *Les divisions du droit*, RTD civ. 1993, p. 59, spéc. n° 15).

7. V. *Gaz. Pal.* n° 177-178, 2008 (25 juin), p. 4, contenant les actes du colloque « *Les entreprises en difficulté : terre de conflits* » (colloque organisé à Deauville les 29 et 30 mars 2008 par l'association Droit et commerce).

8. Rapp. F.-X. LUCAS, *La conversion de créances en actions à l'occasion d'un plan de sauvegarde ou de redressement*, in Mélanges en l'honneur du Professeur Henri Hovasse, LexisNexis, Paris, 2016, p. 145, spéc. p. 148 : l'auteur considère que le droit des entreprises en difficulté gagnerait à mieux faire apparaître la distinction entre les débiteurs personnes physiques et les sociétés. V. aussi : I. PARACHKÉVOVA, *Retour sur les écueils de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif*, BJS n° 10, 2018, p. 600, § 119a0, spéc. p. 601 : l'auteur déplore cet « *"introuvable" droit des sociétés en difficulté, noyé dans le droit "transversal" de l'entreprise en difficulté. Alors que l'immense majorité des entreprises en difficulté ont la forme de sociétés (...)* ».

9. Ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives.

10. Intéressant retour en arrière puisqu'il y a plus de quarante ans, la loi n° 67-653 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes, qui a étendu aux personnes morales le champ des procédures collectives, contenait un chapitre consacré aux « *Dispositions particulières aux personnes morales et à leurs dirigeants* » (Chap. VI, art. 96 à 102).

11. Art. L. 624-20 C. com. (applicable au redressement et à la liquidation judiciaires par renvoi des articles L. 631-18 et L. 641-14 du Code de commerce). Sur cette disposition, V. *infra* n° 276.

ponctuellement, par des dispositions éparses, la situation particulière des sociétés<sup>12</sup>. La relative indifférence du législateur des entreprises en difficulté à l'égard des sociétés se mue en une indifférence aggravée à propos de ces acteurs particuliers de la société que sont ses associés.

**2. Sort des associés en droit des entreprises en difficulté** – Alors que l'associé est un acteur fondamental de la société, celui-ci demeure largement occulté par le droit des entreprises en difficulté. Il pourrait en être inféré que la procédure collective de la société n'affecte aucunement ses associés et que les dispositifs de traitement des difficultés ne les impliquent jamais. Il est plus que raisonnable d'en douter<sup>13</sup>. Incontestablement la problématique du sort de l'associé d'une société en difficulté recèle des enjeux fondamentaux que n'intègre pas suffisamment le droit positif des entreprises en difficulté, dont le caractère lacunaire sur ce point provoque incertitudes, insécurité juridique, blocages, et effets contre-productifs.

Le droit des entreprises en difficulté désigne le corps de règles applicable à toute personne physique exerçant une activité commerciale, artisanale, libérale ou agricole, ou à toute personne morale de droit privé, qui connaît des difficultés. Il forme la branche du droit des affaires<sup>14</sup> en charge de « *rationaliser la défaillance d'une activité économique* »<sup>15</sup>. Afin de répondre à la défaillance économique des entreprises, dont l'origine a des causes diverses<sup>16</sup>, le droit des entreprises en difficulté instaure trois procédures collectives, dont certaines connaissent des variantes, applicables en fonction du degré de difficultés rencontrées. Lorsque la situation du débiteur est définitivement obérée, la procédure de liquidation judiciaire s'impose et vise à mettre un terme à l'activité et à l'apurement du passif qui en découle<sup>17</sup>. Si le sauvetage de l'entreprise apparaît en revanche possible, la procédure de redressement judiciaire<sup>18</sup> – en présence d'un état de cessation des paiements – ou la procédure de sauvegarde<sup>19</sup> – en l'absence de toute cessation des paiements – ont pour objectif de juguler ces difficultés et d'en organiser le traitement sur la base d'un plan qui doit permettre la relance de l'activité sur des bases assainies. La sauvegarde présente toutefois l'originalité de s'inscrire dans une

12. V. déjà : A. HAMOT, *De la faillite et de la liquidation judiciaire des sociétés françaises*, thèse, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence. Arthur Rousseau éditeur, Paris, 1903, p. 4 : l'auteur déplore « *le silence presque complet du Code de commerce et de la loi de 1838, qui ne contiennent que quelques dispositions éparses sur la faillite des sociétés en nom collectif et en commandite (...) et qui sont muets sur la faillite des sociétés anonymes* ». V. cep. : P. ROUSSEL GALLE, *L'émergence d'un droit spécial des sociétés en difficulté*, JCP E, 2018, 1331 : au vu des évolutions récentes, l'auteur souligne l'émergence d'un droit interne des sociétés en difficulté.

13. V. not. R. HOUIN, *Permanence de l'entreprise à travers la faillite*, art. préc., p. 135. Rapp. A.-F. MORIN, th. préc., p. 3 : « *malgré son existence autonome et indépendante, une société ne peut masquer complètement la personnalité de ses associés. Quel va être le sort de ceux-ci en cas de faillite ?* ».

14. Si tant est que la notion de « branche du droit » soit une réalité, V. F. GRUA, *Les divisions du droit*, art. préc.

15. G. COUTURIER, th. préc., n° 6. Le droit des entreprises en difficulté se différencie ainsi du droit des sociétés, qui a lui pour fonction de « *rationaliser la réussite d'une activité économique* » (G. COUTURIER, th. préc., n° 3). Rapp. D. VIDAL, Rapport de synthèse du colloque du CRAJEDP du 19 mai 2001 « Le droit des sociétés à l'épreuve des procédures collectives », LPA n° 7, 2002 (9 janv.), p. 76 : l'auteur souligne qu'il existe une opposition entre « *le droit des sociétés, droit de la conquête et d'organisation du succès et le droit des faillites, droit défensif et de gestion de l'échec* ».

16. Sur les causes de la défaillance de sociétés, V. *infra* n° 25.

17. Art. L. 640-1 et s. C. com.

18. Art. L. 631-1 et s. C. com.

19. Art. L. 620-1 et s. C. com.

démarche d'anticipation, qui en fait une procédure charnière entre la voie curative de traitement des difficultés dans le cadre judiciaire d'une procédure collective, et la voie préventive qui, à travers le mandat *ad hoc* et la procédure de conciliation<sup>20</sup>, privilégie une résolution amiable et précoce de la défaillance. Le droit des entreprises en difficulté englobe donc le droit des procédures collectives désignant, *stricto sensu*, les procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires, et les outils et procédures de traitement amiable et anticipé des difficultés que sont le mandat *ad hoc* et la conciliation. La préservation de l'activité de l'entreprise et le maintien de l'emploi constituent désormais les finalités principales de la matière. Ils devancent « hiérarchiquement » l'objectif plus classique de désintéressement des créanciers sociaux et, *a fortiori*, celui dorénavant marginal de sanction du débiteur malhonnête<sup>21</sup>. Cela n'est d'ailleurs pas sans susciter la perplexité, tant il est parfois difficile d'identifier une quelconque entreprise derrière le débiteur, s'agissant notamment de certaines sociétés<sup>22</sup>.

Pour atteindre ces objectifs, le droit des entreprises en difficulté réserve un traitement unitaire à une réalité pourtant plurielle. En effet, un seul corps de règles s'applique indifféremment à tous les débiteurs, personnes physiques ou personnes morales, entre lesquels pourtant il n'y a souvent de commun que les règles du droit des entreprises en difficulté<sup>23</sup>. Cette méthode est critiquable en ce qu'elle élude les inévitables spécificités propres à chaque catégorie de débiteur<sup>24</sup>. Ainsi, pour les sociétés, le Livre VI du Code de commerce expose le traitement applicable au débiteur – la société – sans pour autant préciser le sort des membres de la personne morale. Pourtant, la condition de l'ensemble des acteurs intervenant traditionnellement dans la sphère sociale se trouve nécessairement affectée, et en premier lieu celle

20. Le mandat *ad hoc* et la conciliation sont régis par les articles L. 611-3 et L. 611-4 et s. du Code de commerce. Soulignant cependant une forme de rapprochement de la conciliation des procédures collectives, V. N. BORGA, *La conciliation, une procédure collective comme les autres ?*, BJE n° 3, 2018, p. 165, § 115v8.

21. V. not. F. AUBERT, *Les finalités des procédures collectives*, in *Prospectives du droit économique. Dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, Paris, 1999, p. 367 ; Y. GUYON, *Le réalisme de la loi du 25 janvier 1985 sur les procédures collectives*, in *Mélanges Pierre Bézard. Le juge et le droit de l'économie*, Montchrestien, Paris, 2002, p. 311, spéc. n° 2 ; J.-C. MAY, *La triple finalité de la loi sur le redressement et la liquidation judiciaires*, LPA n° 141, 1987 (25 nov.), p. 18 ; P.-M. LE CORRE, *1807-2007, 200 ans pour passer du droit de la faillite du débiteur au droit de sauvegarde de l'entreprise*, art. préc., n° 39 et s. *Contra* A. LYON-CAEN, *Les orientations générales de la réforme*, *Annales de l'Université des Sciences sociales de Toulouse*, t. XXXIV, 1986, p. 11, spéc. p. 16 : « L'article 1<sup>er</sup> [de la loi du 25 janvier 1985], en son premier alinéa, assigne comme objectifs à la nouvelle procédure « la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif ». Faut-il voir dans cette courte énumération l'esquisse d'une hiérarchie ? Il n'est pas sûr que la question ait, dans la construction législative, un sens. Le maintien de l'emploi et l'apurement du passif ne sont pas des objectifs secondaires et, entre eux, l'énoncé n'établit pas un ordre. Mieux vaut sans doute dire que ces deux objectifs commandent, autant qu'elle est possible, la pérennité, même partielle de l'entreprise ».

22. Ainsi des sociétés civiles immobilières (V. H. BERTHOUD-RIBAUTE, *Le sort de la société civile immobilière dans la procédure collective*, RTD com. 2003, p. 259, spéc. n° 7 et s.), ou des sociétés holding (V. not. la célèbre affaire « *Cœur Défense* » : Cass. com., 8 mars 2011, n° 10-13.988, Bull. civ. IV, n° 33 ; D. 2011, p. 919, obs. A. LIENHARD, note P.-M. LE CORRE ; RTD civ. 2011, p. 351, obs. B. FAGES ; *Dr. et patr.* n° 96, 2010, p. 85, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN).

23. Sur ce constat, V. P. ROUSSEL GALLE, *L'introuvable droit des sociétés en difficulté*, art. préc., n° 2.

24. Rapp. A.-F. MORIN, th. préc., p. 3 : « quelle que soit la théorie que l'on adopte sur la nature juridique de la personnalité morale des sociétés, un point est néanmoins indiscutable : on ne peut assimiler une société commerciale à un individu commerçant (...). Dans ces conditions, il est évident que les règles relatives aux conditions d'ouverture et aux effets de la faillite ne pourront être appliquées aux sociétés sans subir quelques modifications ».

des associés<sup>25</sup>, qu'il convient de précisément identifier. Intuitivement, tout un chacun se figure assez facilement ce qu'est un associé : il désigne le membre de la société, tout comme le sociétaire est le membre d'une association, ou le syndiqué celui d'un syndicat. Arrêter une définition juridique précise de l'associé s'avère pourtant délicat. Les tentatives doctrinales de définition se sont succédé, de manière souvent corrélée avec les mutations que connaissait le droit des sociétés, sans jamais faire pourtant consensus. Dépassant ces controverses, l'associé est généralement entendu comme le détenteur de titres sociaux, parts sociales ou actions<sup>26</sup>. Les titulaires de ces dernières sont plus précisément désignés sous le terme d'actionnaires, bien qu'en réalité la différence entre l'associé et l'actionnaire ne soit pas de nature, mais simplement de degré, l'actionnaire n'étant qu'une espèce particulière du genre « associé »<sup>27</sup>. Cette définition de l'associé doit pour l'instant être retenue, avant que la notion ne soit ultérieurement précisée<sup>28</sup>. Alors que le droit des entreprises en difficulté précise le sort de certaines parties prenantes à la procédure collective de la société, principalement celui des créanciers ou des salariés, il est en revanche peu prolix sur le sort de cette partie prenante particulière que constituent les associés. Ce silence suscite de nombreuses interrogations quant au traitement qui doit leur être réservé, qui justifient l'intérêt d'une étude dont l'objet serait centré sur les associés, dont le sort en droit des entreprises en difficulté soulève des problématiques tout à fait originales. Par ailleurs, il est opportun d'en limiter les contours aux seuls associés, bien que s'observe une forte diversification des modes de financement des sociétés, venant parfois brouiller les lignes traditionnelles de démarcation entre ces derniers et certains types de créanciers<sup>29</sup>. Or une délimitation clairement arrêtée est

25. V. J.-M. CALENDINI, th. préc., n° 2 et n° 12.

26. V. not. M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 32<sup>e</sup> éd., LexisNexis, coll. Manuel, Paris, 2019, n° 481 ; M. BUCHBERGER, *Le contrat d'apport : essai sur la relation entre la société et son associé*, thèse, Éd. Panthéon-Assas, Paris, 2011, n° 5 : l'auteur constate que le critère de la propriété des parts sociales ou actions est le plus efficient pour identifier l'associé ; P. LE CANNU, *L'état d'actionnaire à l'épreuve du droit des sociétés. L'acquisition de la qualité d'actionnaire*, in « Qu'est-ce qu'un actionnaire ? », *Rev. sociétés* 1999, p. 519, n° 10 : « On peut donc postuler, pour la plupart des cas, que l'actionnaire est la personne, physique ou morale, qui est propriétaire d'une action au moins. L'acquisition de la qualité d'actionnaire est en principe liée à l'acquisition d'une action ». Sur cette définition de l'associé, V. *infra* n° 120.

27. V. not. C. BARRILLON, *Le critère de la qualité d'associé*, thèse, PUAM, Aix-en-Provence, 2017, n° 12, et les références citées.

28. V. *infra* n° 117 et s.

29. Les obligataires, qui sont juridiquement créanciers de la société, se rapprochent ainsi des associés sur de nombreux aspects, ce qui n'est pas sans altérer la distinction de ces deux catégories. Leur traitement par le droit des entreprises en difficulté soulève toutefois des difficultés différentes de celles relatives aux associés (V. J.-D. DAUDIER DE CASSINI, A.-S. NOURY, *Obligataires et procédures collectives*, *BJS* n° 12, 2009, p. 1123, § 228. Sur le manque de coordination des textes du droit des sociétés et du droit des entreprises en difficulté concernant les obligataires, V. J.-F. BARBIÈRI, *Associés et obligataires d'une société « faillie »*, *RPC*, 1991, p. 153, spéc. p. 155). Par ailleurs, les associés, qui par principe affectent un apport au capital de la société en contrepartie duquel ils se voient remettre des titres sociaux, peuvent également alimenter les caisses sociales par le biais d'apports en compte courant. Au titre de son apport en compte courant, l'associé est considéré comme un créancier de la société (V. not. M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, n° 577 et n° 578 ; sur la dissociation des qualités d'associé et d'apporteur en compte courant, V. *infra* n° 94). Se rencontrent également des créanciers dont les titres de créance sont subordonnés (voire supersubordonnés), et ne donnent vocation à être désintéressés qu'après les autres créanciers, même chirographaires, ce qui les rapproche de la figure de l'associé. Les cloisonnements classiques sont donc moins bien assurés. Cette diversité des acteurs, des sources et de la nature des financements se retrouve notamment dans le schéma des financements structurés (sur ces derniers et leurs rapports avec la procédure collective, V. A. BENHAMOU-GABRIEL, *Les financements structurés et le droit des entreprises en difficulté*, thèse dact., Paris I, 2017).

nécessaire à une correcte appréhension du sujet, le traitement des associés et des créanciers par le droit des entreprises en difficulté répondant à des règles et des principes bien différents.

Circonscrire l'analyse aux seuls associés est une première étape. Reste ensuite à déterminer si l'intérêt de l'étude réside dans l'analyse de l'associé pris en tant que débiteur au sens du Livre VI du Code de commerce, ou davantage en tant que membre d'une société débitrice.

**3. Le choix d'une étude centrée sur l'associé d'une société en difficulté** – Une étude consacrée aux associés en droit des entreprises en difficulté peut être menée sur deux terrains distincts.

Dans une première perspective, l'analyse consisterait à s'interroger sur les incidences pour les associés de l'application des dispositions du Livre VI du Code de commerce à leur société en difficulté. Dans cette approche, le débiteur est alors la société, et plus précisément une société dotée de la personnalité morale. En effet, la loi n° 67-653 du 13 juillet 1967 a rendu éligible aux procédures du Livre VI du Code de commerce « toute personne morale de droit privé »<sup>30</sup>. L'attribution de la personnalité morale conditionne l'accès aux dispositions du droit des entreprises en difficulté. Par conséquent, les sociétés en étant dépourvues ne peuvent bénéficier de cette législation<sup>31</sup> : société créée de fait<sup>32</sup>, société en attente d'immatriculation<sup>33</sup>, société en participation<sup>34</sup>, desquelles peut être rapproché le groupe

30. V. (les actuels) art. L. 611-4, L. 611-5, L. 620-2, L. 631-2 et L. 640-2 du Code de commerce.

31. V. not sur ce point : F. PÉROCHON, *op. cit.*, n° 328 ; B. DONDERO, *Les groupements dépourvus de personnalité juridique en droit privé. Contribution à la théorie de la personnalité morale*, thèse, PUAM, Aix-en-Provence, 2006, spéc. n° 954 et s. ; D. DEMEYERE, *Personnalité morale et droit des entreprises en difficulté*, thèse dact., Paris X, 2005, n° 114 et s. Cette exclusion vaut également pour les dispositifs de prévention des difficultés (th. préc., n° 36 et s.). Sur les inconvénients de cette solution, V. not. J.-C. HALLOUIN, *Les sociétés non immatriculées face au redressement et à la liquidation judiciaires*, JCP G 1989, I, 3414, n° 5 et s. Il convient de rappeler que les sociétés jouissent de la personnalité morale à compter de leur immatriculation au Registre du commerce et des sociétés (art. 1842 C. civ. et art. L. 210-6 C. com.).

32. Cass. com., 16 déc. 1975 : *Rev. sociétés* 1976, p. 502, note A. HONORAT ; D. 1978, 292, note H. TEMPLE ; Cass. com., 27 avril 1993, n° 91-14.882, Bull. civ. IV, n° 158 : *BJS* n° 7-8, 1993, p. 776, § 228, note H. LE NABASQUE ; *Dr. sociétés* n° 7, 1993, comm. 135, note T. BONNEAU ; Cass. com., 23 nov. 2004, n° 02-14.262, inédit : *Dr. sociétés* n° 2, 2005, comm. 29, note J.-P. LEGROS. Adde F. DERRIDA, *Les sociétés créées de fait et le droit du redressement et de la liquidation judiciaires (Étude de jurisprudence)*, in *Mélanges Pierre Bézard. Le juge et le droit de l'économie*, Montchrestien, Paris, 2002, p. 305, spéc. n° 1 et n° 6.

33. S'il est certain qu'une société non immatriculée ne peut faire l'objet d'un redressement judiciaire (V. not. CA Paris, 3<sup>e</sup> ch. A, 3 déc. 1991 : *Dr. sociétés* n° 3, 1992, comm. 49, note Y. CHAPUT), il est parfois difficile de distinguer entre société en attente d'immatriculation et société créée de fait. La jurisprudence semble tracer la frontière en fonction des actes effectués par les fondateurs ou les premiers associés. L'existence d'actes d'exploitation dépassant les simples actes nécessaires à la constitution traduit le passage de la société en cours d'immatriculation à la société créée de fait. V. not. Cass. com., 26 mai 2009, n° 08-13.891, inédit : *RTD com.* 2009, p. 567, obs. C. CHAMPAUD ; *Dr. sociétés* n° 11, 2009, comm. 197, note M.-L. COQUELET ; *Rev. sociétés* 2010, p. 26, note B. DONDERO ; *LPA* n° 197, 2009 (2 oct.), p. 7, note M.-C. CAUCHY-PSAUME. Adde D. GIBIRILA, *Société en formation et société créée de fait*, *RJDA* 10/2009, chron. p. 739. Certains auteurs jugent plus pertinent le critère tiré du délai normal d'immatriculation (V. not. M. GERMAIN, *Société en formation et société créée de fait*, *Dr. sociétés* n° 5, 1982, chron. p. 2), qui n'a cependant pas été à ce jour retenu par la jurisprudence.

34. Cass. civ., 5 févr. 1901 : *D. 1902*, I, p. 41, obs. L. G. ; adde J.-C. HALLOUIN, *Les sociétés non immatriculées face au redressement et à la liquidation judiciaires*, art. préc., n° 2. Cette solution valait déjà antérieurement à la loi de 1967 (on parlait d'« association en participation » à cette époque), V. P. PIC, *Traité théorique et pratique de la faillite des sociétés commerciales*, Librairie nouvelle de droit & jurisprudence A. Rousseau Paris, 1887, p. 30 et s.