

cipe d'égalité des créanciers qui a gouverné le droit de la faillite jusqu'à une époque récente.

B. La recherche d'une définition du principe d'égalité des créanciers

La recherche d'une définition. Mais c'est en vain que l'on cherche dans les différentes lois, 1967, 1985, 2005 ainsi que les ordonnances qui ont suivi, un principe d'égalité des créanciers gravé dans le marbre. La seule trace de l'expression « égalité des créanciers » se retrouve dans l'article L. 643-7-1 du Code de commerce issu de l'ordonnance du 12 mars 2014, qui n'est applicable qu'à la liquidation judiciaire, et énonce que : « le créancier qui a reçu un paiement en violation de la règle de l'égalité des créanciers chirographaires ou par suite d'une erreur sur l'ordre des privilèges doit restituer les sommes ainsi versées ». Mais il serait erroné de voir dans cet article la consécration d'un principe ou d'une règle générale d'égalité.

Pourtant, il existe bien un *corpus* de règles qui s'impose aux créanciers antérieurs et assimilés, les empêchant d'agir individuellement contre le débiteur. Ce traitement collectif des créanciers tient principalement à l'obligation faite aux créanciers de se soumettre à la procédure de déclaration et de vérification de leurs créances, à l'interdiction faite à ces derniers de se faire payer ainsi que d'engager des poursuites ou d'exercer des voies d'exécution, à l'interdiction des inscriptions ou encore à l'obligation de revendication des biens meubles corporels.

Mais, pour autant ce *corpus* est-il l'expression d'un principe d'égalité des créanciers ? Rien n'est moins sûr. Il nous semble plus réaliste d'invoquer plus sobrement la discipline collective qui s'impose aux créanciers. En effet, parmi les créanciers du débiteur, certains subiront la discipline collective et d'autres y échapperont. Le filtre est la naissance de la créance, même si la loi du 26 juillet 2005 a étendu cette soumission à une discipline collective à certains créanciers dont la créance est née après le jugement d'ouverture, mais qui ne relèvent pas du régime de faveur institué par les articles L. 622-17 ou L. 641-13 du Code de commerce.

La consistance de la discipline collective. Ainsi, en quoi consiste ce principe de non-faveur lié à cette exigence d'une discipline collective ? Révèle-t-elle, au-delà du traitement collectif, un principe d'égalité sous-jacent ou certains créanciers s'en sortent-ils mieux que d'autres ?

L'idée même de traiter les difficultés financières d'une entreprise suppose d'adapter la règle de la force obligatoire du contrat. La discipline collective qu'offre au débiteur le bénéfice d'une procédure collective et les

règles exorbitantes du droit commun qu'elle institue, se retrouve tant pendant la période d'observation que dans le cadre des plans.

Discipline collective et période d'observation. En période d'observation, la discipline collective, c'est d'abord et avant tout l'obligation de se soumettre à la vérification du passif. Les créanciers antérieurs ainsi que les postérieurs non méritants doivent commencer par faire reconnaître leur qualité de créancier, au terme d'une procédure dite de déclaration de créance à laquelle seules échappent les créances salariales et alimentaires. Dès lors, lorsque la qualité de créancier n'est pas en jeu, l'on peut comprendre que cette exigence de déclaration soit écartée³. En revanche, lorsque cette qualité est indiscutable, même si le créancier invoque une compensation pour créances connexes, il sera tenu de déclarer la créance servant d'objet à la compensation intervenue après le jugement d'ouverture⁴. Au demeurant, les créanciers munis d'une sûreté réelle conférant un droit de préférence ne devront pas omettre de mentionner la nature de la sûreté garantissant leur créance s'ils ne veulent participer à la procédure qu'à titre chirographaire. On voit donc poindre un traitement différencié entre créanciers chirographaires et créanciers munis de sûretés.

Une fois la qualité de créancier reconnue et la créance admise, cette dernière est neutralisée, qu'elle soit chirographaire ou privilégiée. Le redressement de l'entreprise est à ce prix. Ni la possibilité de poursuivre le débiteur en vue de se faire payer une somme d'argent, ni le paiement immédiat des créanciers ne sont possibles. L'intérêt des créanciers est, comme l'a écrit le rapporteur de cette journée, « collectivisé » et ne peut être incarné que par un organe habilité à cette fin. Si les créanciers chirographaires sont sacrifiés depuis longtemps, tant il existe de causes de préférence venant vider de sa substance leur gage général ; depuis 1985, ceux munis de sûretés réelles le sont aussi. Ils ne peuvent pas réaliser leurs sûretés, que ce soit en vendant le bien assiette de la sûreté, en se le faisant attribuer judiciairement (sauf en cas de liquidation judiciaire), ou en réalisant un pacte comissoire et doivent se contenter des conditions de paiement prévues par le plan. La solution est identique lorsque le bien n'appartient plus au débiteur et a été transféré dans un patrimoine fiduciaire, tout au moins lorsqu'existe une convention de jouissance. Enfin l'ouverture d'une sauvegarde ou d'un redressement emporte de plein droit inopposabilité du droit de rétention fictif de l'article 2286-4° du Code civil.

3 V. Cass. com., 15 févr. 2011, n° 10-10056, à propos de la créance de restitution du mandant d'une agence immobilière en liquidation.

4 Cass. com., 6 mars 2019, n° 17-28589.

Cela dit, dès la loi du 25 janvier 1985, deux catégories de créanciers échappaient à la règle du paiement différencié : les salariés et les petites créances chirographaires. De même, depuis 1994 notamment, la volonté de rééquilibrer les procédures collectives en faveur des créanciers inscrits s'est fait sentir, notamment en cas de liquidation judiciaire. Par ailleurs, certaines sûretés réelles dérogent purement et simplement à la règle de l'interdiction des paiements après le jugement d'ouverture en procurant à leur bénéficiaire un paiement à l'échéance. Sont notamment concernés les créanciers titulaires d'un droit de rétention ou de propriété sur des biens utiles au bon déroulement de la procédure. C'est encore l'objectif de redressement de l'entreprise qui justifie ce traitement différencié. D'autres permettent, de manière plus classique un paiement par préférence sur le prix de cession, soit de l'entreprise elle-même, soit de certains de ses actifs, soit sur les deniers de la liquidation.

La discipline collective c'est encore l'arrêt du cours des intérêts des créanciers ayant consenti un prêt d'une durée inférieure à un an. Par où l'on voit qu'apparaît une différenciation entre les créanciers selon qu'ils ont ou non procuré à l'entreprise des ressources stables.

De même, cette discipline collective, c'est aussi l'interdiction des inscriptions qui révèle toute la défiance de la procédure collective contre les éventuels comportements frauduleux des créanciers, ainsi que la volonté de figer le patrimoine du débiteur au jour du jugement d'ouverture révélant le fameux effet réel de la procédure collective. Toutefois, l'inscription redevient autorisée lorsque le risque de fraude a disparu, ainsi qu'à l'égard de certains créanciers comme le Trésor public ou le vendeur du fonds de commerce.

Enfin, la discipline collective au cours de la période d'observation c'est l'obligation de revendication des biens meubles corporels dans le cadre de l'article L. 624-9 du Code de commerce que la Cour de cassation a dû récemment rappeler. Le caractère fondamental du droit de propriété ne permet pas de tenir en échec cette obligation de respecter la procédure de revendication sous peine de forclusion⁵.

Plan et discipline collective. Au-delà de la période d'observation, la discipline collective se retrouve également dans le cadre du plan. En effet, et sans entrer dans le détail, le tribunal a la faculté d'imposer des délais uniformes de paiement aux créanciers. Par ailleurs, l'absence de reprise des poursuites individuelles permet également de les traiter collectivement et à l'identique, sauf que la caution *solvens* retrouvera en principe son droit de poursuivre le débiteur liquidé. Par ailleurs, les petites créances devront impérative-

ment être payées dès l'arrêt du plan. Il en va de même des créances superprivilégiées et privilégiées ainsi que de celles garanties par le privilège de conciliation.

Ainsi, on l'entrevoit bien, que ce soit en période d'observation ou au stade du plan, qu'un traitement différencié des créanciers apparaît⁶. Il est dès lors difficile de déceler un principe d'égalité des créanciers derrière la discipline contraignante qu'impose la procédure collective aux créanciers. Si égalité il y a, c'est uniquement entre les créanciers chirographaires. Le passage du droit de la faillite au droit des procédures collectives amorcé en 1967 et parachevé en 1985 puis poursuivi par la suite, a au contraire permis de tenir compte de la diversité des créanciers pour les soumettre à des régimes propres à leur situation. Et si l'on devait continuer de parler de traitement égalitaire ce serait au sein de catégories de créanciers et non au nom d'un principe traditionnel d'égalité des créanciers...

II. La remise en cause du principe d'égalité des créanciers

Les attraits de l'inégalité. Remettre en cause le principe d'égalité des créanciers n'est pas une idée nouvelle. Déjà, la suppression de la masse des créanciers par la loi du 25 janvier 1985 avait suscité les interrogations de quelques auteurs, et non des moindres. Dans un article paru en 1991, Michel Cabrillac s'interrogeait déjà sur la résistance du principe d'égalité, réduit selon lui à un expédient. De même, Fernand Derrida parlait-il d'un dogme de l'égalité des créanciers pour exprimer l'idée d'une multiplication de mécanismes permettant de contourner l'égalité. Plus de 30 ans plus tard, l'évolution du droit des entreprises en difficultés et de ses finalités renforce les interrogations. À l'heure où il est question d'une nouvelle réforme du droit des procédures collectives, l'idée de traitement différencié entre les créanciers est plus vigoureuse que jamais : les attraits de l'inégalité semblent avoir pris définitivement le pas sur les vertus de l'égalité. C'est probablement ce que traduit la multiplication de catégories particulières de créanciers, venant littéralement compromettre le principe d'égalité. Mais à cette cause classique de rupture d'égalité (A) fait désormais écho une cause nouvelle : la volonté de sauvetage de l'entreprise semble en effet être devenue une cause de remise en cause du principe.

⁵ Cass. com., 3 avr. 2019, n° 18-11247.

⁶ Ghalimi N., « Le traitement différencié des créanciers dans les plans de sauvegarde et de redressement », LPA 19 déc. 2014, p. 4.

A. La différenciation entre créanciers, cause classique de rupture d'égalité

La rupture d'égalité dans le souci de protection de certains créanciers. Rompre l'égalité pour protéger certains créanciers est finalement une idée classique que l'on retrouve dans le traitement préférentiel réservé à la fois aux salariés et aux créanciers titulaires de sûretés réelles. S'agissant des salariés, la reconnaissance d'un privilège et d'un super-privilège témoigne d'une volonté assumée du législateur de déroger à l'égalité. À un tel point que l'on peut légitimement se demander si les salariés ne sont pas littéralement hors du champ d'application du principe d'égalité. Nul doute que madame la professeur Laurence Fin-Langer nous éclairera sur ce point en nous présentant le statut particulier de ces créanciers si singuliers que sont les salariés. S'agissant des créanciers titulaires de sûretés réelles, l'atteinte au principe d'égalité pourrait sembler « structurelle » : en effet, l'objectif même des sûretés réelles n'est-il pas d'organiser au bénéfice du créancier, un droit de préférence ? La sûreté réelle constitue donc un mécanisme dont l'essence est de rompre l'égalité et de créer un traitement préférentiel. En présence d'une procédure collective, il n'apparaît donc pas choquant que les créanciers titulaires de sûretés soient mieux traités que les créanciers chirographaires. En revanche, ce qui peut paraître plus discutable c'est le fait que la nature particulière de la sûreté réelle détermine largement son efficacité en présence d'une procédure collective. De même encore, selon que les chances de sauvetage de l'entreprise existent ou pas, des sacrifices plus ou moins importants sont imposés aux créanciers. Ces solutions, qui se justifient certainement au nom de l'intérêt supérieur du débiteur et du sauvetage de l'entreprise, brouillent quelque peu les prévisions du créancier titulaire d'une sûreté réelle. Envisagées à l'aune du principe d'égalité des créanciers, les solutions applicables interrogent car elles sont révélatrices d'un traitement à géométrie variable parmi les différents créanciers titulaires de sûretés. Nous sommes impatientes d'entendre sur cette question le professeur Augustin Aynès, qui a précisément la charge d'envisager le traitement différencié des titulaires de sûretés réelles.

La rupture d'égalité face au droit de propriété. Force est par ailleurs d'observer un deuxième phénomène : celui de la remise en cause du principe d'égalité résultant des règles applicables aux créanciers dits propriétaires. Avec la clause de réserve de propriété d'abord et la consécration de la fiducie ensuite, il est en effet des créanciers qui présentent la particularité d'être propriétaires d'un bien. Même si ces créanciers titulaires de propriétés-sûretés restent soumis à une certaine forme de discipline collective, il est désormais

devenu un lieu commun que de souligner le traitement extrêmement favorable qui leur est réservé. Leur droit de propriété va en effet assurer, sous certaines conditions, un paiement exclusif du créancier et exclure toute forme de concours avec les autres créanciers. Le professeur Nicolas Borga nous exposera cette évolution pour le moins importante, exprimant peut-être, une véritable mise à l'écart du principe. Reste alors à savoir qui peut être considéré comme propriétaire... Et notamment si ce concept peut s'appliquer, au-delà des propriétés-sûretés, aux créances de sommes d'argent. Sur cette question, nous ne doutons pas que la force de persuasion du professeur Thomas Le Gueut saura nous convaincre du bien-fondé de la reconnaissance de la revendication des créances de sommes d'argent. Enfin, M^e Nicolas Partouche aura la mission difficile de clôturer la matinée de discussion en nous faisant part de son expertise de praticien en matière de rachat de créances.

B. Le sauvetage de l'entreprise, cause nouvelle de rupture d'égalité

La rupture d'égalité au bénéfice du sauvetage du débiteur. Les finalités des atteintes au principe d'égalité semblent avoir quelque peu évolué pour s'orienter vers la volonté de protéger les intérêts du débiteur et plus largement de l'entreprise en difficulté. Une telle volonté est en effet parfois une cause de rupture d'égalité entre les créanciers. À cet égard, le traitement préférentiel du créancier est parfois recherché et parfaitement assumé par le législateur, même si la finalité première reste la protection des intérêts du débiteur. Tel est le cas notamment avec le principe de non-responsabilité pour soutien abusif de l'article L. 650-1 du Code de commerce, sur lequel le professeur Francine Macorig-Venier nous livrera son analyse.

Ces règles tendent à ne pas dissuader les établissements bancaires de soutenir une entreprise en difficulté : pour autant, si des règles de traitement préférentiel du créancier prêteur sont consacrées, c'est principalement pour favoriser le soutien bancaire du débiteur. En d'autres circonstances encore, la volonté de protéger le débiteur va fortuitement protéger le créancier : l'insaisissabilité des biens immobiliers en fournit une illustration topique. L'insaisissabilité de l'immeuble, censé protéger le débiteur, permet lorsqu'elle est doublée d'une renonciation au profit d'un créancier, d'organiser à son bénéfice une certaine forme d'exclusivité. Notre collègue Pascal Rubellin ne manquera pas de le mettre en exergue : l'insaisissabilité de l'immeuble, censé protéger le débiteur, permet lorsqu'elle est doublée d'une renonciation au profit d'un créancier d'organiser à son bénéfice une certaine forme d'exclusivité.

Nous tenions en outre à entendre le point de vue des praticiens : ils s'exprimeront autour d'une table ronde, sous la présidence de Jocelyne Vallansan. Nul doute que les interventions de Maître Vincent Aussel, Arnaud Laurent, Guilhem Bremond, Stéphane Gouin et Gaël Couturier seront particulièrement éclairantes à propos de l'appréhension par la pratique du principe d'égalité des créanciers dans les plans et des inégalités de traitement pouvant résulter de la volonté de sauvetage de l'entreprise.

Le devenir du principe d'égalité. Enfin, la lourde tâche de nous projeter vers l'avenir reviendra au professeur Marie-Hélène Monsérié-Bon : à l'heure de la transposition de la directive *Restructuration et Insolvabilité*, se pose en dernier lieu la question du devenir du principe d'égalité. Cette directive, dont la transposition en droit interne doit intervenir sous

deux ans par ordonnance conformément aux dispositions de la loi *PACTE*, consacre notamment les techniques dites de « classes de créanciers » ou encore « d'écrasement » des créanciers récalcitrants. Classe, écrasement... sont des techniques dont l'objectif est de favoriser le sauvetage, quitte à imposer des sacrifices importants aux créanciers. L'égalité des créanciers ne sera-t-elle pas purement et simplement sacrifiée ? Plus qu'une simple remise en cause, peut-être est-ce alors sur un requiem que se terminera notre journée ? Ces différents éléments que nous vous livrons constituent toutefois de simples intuitions. Intuitions que cette journée permettra peut-être de conforter ou d'infirmes. Pour répondre à ces questions, nous nous en remettons évidemment aux intervenants de ce colloque et aux lumières du rapport de synthèse du professeur François-Xavier Lucas.

Le statut particulier des salariés ^{117h1}

Laurence FIN-LANGER

Professeur à l'université de Caen Normandie, Institut Demolombe

Les salariés bénéficient d'un traitement de faveur au regard des autres créanciers de l'entreprise en procédure collective, traitement qui rompt ainsi le principe d'égalité. Mais cette rupture est-elle encore légitime et ne doit-elle pas être repensée aujourd'hui ?

Tous les créanciers sont égaux, mais certains créanciers sont plus égaux que d'autres, pour paraphraser Georges Orwell. En effet, depuis le premier choc pétrolier dans les années 70, les réformes tiennent compte du statut particulier des salariés et visent à les protéger, aussi bien en leur qualité de cocontractant qu'en celle de créancier, qui sera la seule traitée. Ces créances peuvent être de natures très différentes : salaire, indemnités de rupture, participation ou intéressement, dommages-intérêts, remboursement de frais, etc. Les principales règles prévues dans le Code de commerce et dans le Code du travail visent à garantir leur paiement effectif. À l'exception du plafond de garantie de l'Association pour la gestion du régime de garantie des créances des salariés dit AGS qui dépend de l'ancienneté des salariés, elles profitent à l'ensemble des salariés, qu'ils soient engagés par un contrat à durée déterminée ou indéterminée, à temps complet ou à temps partiel, et cela quelle que soit leur ancienneté. Entre les salariés, le principe d'égalité, entendue comme uniformité de statut, est respecté : non seulement leurs droits sont identiques mais leur exercice l'est également. En revanche, vis-à-vis des autres créanciers du débiteur, le principe d'égalité semble rompu, en raison de la présence d'un statut protecteur en faveur des salariés, volontairement assumé par le législateur. Le postulat qu'il pose consiste à dire que les salariés sont dans une situation différente de celle des autres créanciers et peuvent donc avoir une différence de traitement. Mais est-elle légitime ? Sont-ils réellement dans une situation différente ? Le principe d'égalité n'est-il et ne doit-il pas être restauré ? Pour répondre à cette problématique, il convient d'étudier tout d'abord une rupture ancienne de l'égalité puis la restauration possible de l'égalité.

I. Une rupture ancienne de l'égalité

Cette inégalité résulte non seulement d'une mise en œuvre différenciée des droits accordés aux créanciers (A) mais également et surtout d'une mise en place différenciée de certains droits, réservés aux seuls salariés (B).

A. Une inégalité résultant d'une mise en œuvre différenciée des droits

Le premier droit octroyé à tout créancier, y compris salarié, est la prise en compte de la créance dans le cadre de la procédure collective. Mais les salariés sont avantagés dans la mise en œuvre de ce droit puisqu'ils bénéficient tout d'abord d'une dispense de déclara-

tion. Tous les créanciers, à l'exception des salariés, sont en effet tenus de déclarer leurs créances au passif du débiteur. Cette dispense vise toutes les créances dues aux salariés, malgré la rédaction ambiguë des articles L. 625-1 et L. 625-2 du Code de commerce¹. En effet, l'article R. 625-2 concerne toutes les créances, sans restriction. Par ailleurs, le mandataire établit quatre relevés de créances, permettant de prendre en compte toutes les créances (C. trav., art. L. 3253-19). En outre, à la différence des autres créanciers, le juge-commissaire ne dispose d'aucun pouvoir d'admission ou de rejet des créances salariales, se contentant de viser les relevés établis par le mandataire avec l'aide du représentant des salariés et du débiteur. Cette différence de traitement dans la mise en œuvre n'a cependant plus le même intérêt qu'auparavant. En effet, avant la loi de sauvegarde de 2005, la sanction encourue uniquement par les autres créanciers était l'extinction des créances non déclarées dans les délais. Désormais pour tous, il s'agit d'une simple inopposabilité. Par ailleurs, depuis 2014, l'établissement de la liste des créanciers par le débiteur vient au secours du créancier défaillant.

Les salariés sont également avantagés dans les modalités de contestation des créances. Ainsi, ils peuvent saisir le conseil des prud'hommes, dans les 2 mois à peine de forclusion, à compter de la publication des relevés dans un journal d'annonces légales (C. com., art. L. 625-1). Passé ce délai, ils peuvent demander à être relevés de forclusion dans un délai de 6 mois. La Cour de cassation a rendu plusieurs décisions très favorables aux salariés. Ce délai de 2 mois très court ne s'applique que si le mandataire judiciaire a informé précisément les salariés des modalités de recours². Par ailleurs, le simple fait d'introduire l'instance devant le conseil des prud'hommes vaut demande implicite mais nécessaire de relevé de forclusion³ et, contrairement aux autres créanciers, les salariés n'ont pas à motiver leur demande⁴. Les autres créanciers peuvent aussi contester leurs créances selon des modalités plus contraignantes. Ils ont 30 jours pour faire connaître leurs explications à compter d'une information du mandataire (C. com., art. L. 622-27). À défaut de réponse dans ce délai, ils ne peuvent plus contester la proposition du mandataire, sauf si la discussion porte sur la régularité de la déclaration, et ils perdent leur

1 Cass. soc., 15 févr. 2001, n° 99-13682 : Act. proc. coll. 2001, n° 8.

2 Cass. soc., 7 févr. 2006, n° 03-47937 : Rev. proc. coll. 2006, p. 287.

3 Cass. soc., 26 mars 2003, n° 01-41747 : Act. proc. coll. 2003, n° 165.

4 Cass. soc., 24 janv. 2018, n° 16-16503 et Cass. soc., 24 janv. 2018, n° 16-16504 : Act. proc. coll. 2018, n° 70 ; JCP S 2018, 1078.

droit d'interjeter appel contre la décision du juge-commissaire conforme à la proposition du mandataire (C. com., art. L. 624-3). Pour éviter cet effet, la Cour de cassation apporte là aussi des solutions pragmatiques, imposant au mandataire de préciser la lettre qu'il envoie pour faire partir le délai de 30 jours⁵. Malgré ces interprétations jurisprudentielles, la contestation du relevé des créances salariales paraît beaucoup plus facile à mettre en œuvre. Au-delà d'une mise en œuvre différenciée des droits, le législateur a été plus loin, en accordant des droits différents aux salariés.

B. Une inégalité résultant d'une mise en place différenciée de certains droits

En premier lieu, les salariés bénéficient d'un droit au paiement facilité pour les créances antérieures, alors que les autres créanciers sont soumis à une interdiction de paiement, à peine de nullité. Le législateur a tout d'abord prévu l'octroi de sûretés spécifiques pour certaines créances salariales. Le privilège général sur les meubles et les immeubles, dit « des salaires » (C. civ., art. 2331 et 2375), couvre uniquement les salaires pour une période limitée aux 6 derniers mois avant le jugement d'ouverture, ainsi que certaines indemnités de rupture, comme l'indemnité légale ou conventionnelle mais non contractuelle de licenciement dans la limite de certains plafonds, celle de congés payés et de préavis. En sont donc exclues les autres sommes, comme les cotisations dues au titre d'une assurance complémentaire⁶. Le super-privilège (C. trav., art. L. 3253-2 et L. 3253-3), applicable uniquement lorsque l'employeur est en procédure collective, vaut pour toutes les rémunérations dues aux salariés pour les 60 derniers jours de travail, ainsi que pour les accessoires, comme une prime de treizième mois, et les indemnités de congés payés et de préavis. Son champ d'application est alors plus restreint, puisqu'il ne vise pas l'indemnité de licenciement. Les autres créances dues aux salariés antérieurement au jugement d'ouverture sont donc chirographaires. L'attribution de ces sûretés a des conséquences particulières. Tout d'abord, pendant la période d'observation, les salariés peuvent être payés de leurs créances. Sur décision du juge-commissaire, celles garanties par le super-privilège doivent être payées sur les fonds disponibles de l'entreprise ou les premières rentrées de fond (C. com., art. L. 625-8) dans les 10 jours du

prononcé du jugement d'ouverture, un versement provisionnel immédiat étant même prévu. L'octroi de ces sûretés a également des conséquences à l'issue de la procédure collective, à défaut de paiement pendant la période d'observation. En effet, ni le plan de sauvegarde (C. com., art. L. 626-20) ni le plan de redressement (C. com., art. L. 631-19, renvoyant à C. com., art. L. 626-20) ne peuvent imposer des délais pour les créances privilégiées et super-privilégiées, les salariés devant donner leur accord, contrairement aux autres créanciers qui peuvent se voir imposer des délais uniformes. Les salariés doivent également donner leur accord pour subir des remises portant sur ces mêmes créances. En cas de cession des biens de l'entreprise, l'ordre de paiement place le super-privilège en premier. En revanche, le privilège général des salaires ne permet pas toujours un paiement efficace, car il est primé par les créanciers postérieurs de l'article L. 622-17 du Code de commerce et par d'autres privilèges spéciaux portant sur des meubles⁷.

En l'absence de fonds disponibles, un autre mécanisme subsidiaire, plus général, a été mis en place : le mandataire demande une avance à l'AGS, qui sera faite entre ses mains. Cette prise en charge vise pratiquement toutes les créances antérieures, à l'exception des créances dues à l'ouverture d'une sauvegarde, en raison de l'absence d'état de cessation des paiements⁸ sauf en cas de conversion ultérieure en redressement ou en liquidation judiciaire⁹. En redressement et liquidation judiciaire, la garantie de l'AGS n'est pas liée à la nature salariale de la créance, ni à l'existence d'une sûreté mais à son rattachement au contrat de travail. La Cour de cassation a fait une interprétation très large de cette notion, favorisant les salariés, permettant de prendre en charge par exemple les salaires, les indemnités de rupture¹⁰, mais aussi celles dues par l'employeur en raison de l'inexécution de ses obligations¹¹, et notamment les indemnités versées pour réparer le préjudice d'anxiété résultant d'une exposition à l'amiante¹² ou désormais à d'autres substances nocives¹³, les sommes dues au titre de l'intéressement et de la participation (C. trav., art. L. 3253-10).

7 Le Corre P. M., *Droit et pratique des procédures collectives 2019-2020*, coll. Dalloz action, n° 691.321.

8 Cass. soc., 10 mars 2009, n° 07-45326 : Act. proc. coll. 2009, n° 136.

9 Cass. soc., 21 janv. 2014, n° 12-18421 : Act. proc. coll. 2014, n° 45 ; JCP S 2014, 1138 – Cass. soc., 22 sept. 2015, n° 14-17837 : Act. proc. coll. 2015, comm. 273 ; JCP S 2015, 1462.

10 Cass. soc., 27 oct. 1997, n° 96-40024 : Act. proc. coll. 1998, n° 175 – C. trav., art. L. 3253-13 ; v. pour des exceptions, Cass. soc., 30 sept. 2009, n° 08-42076 : Act. proc. coll. 2009, n° 268 – Cass. soc., 29 sept. 2009, n° 08-41723 : Act. proc. coll. 2009, n° 263.

11 V. par ex., Cass. soc., 27 juin 2001, n° 99-42984 : Act. proc. coll. 2001, n° 208 – Cass. soc., 12 juill. 2016, n° 15-10811.

12 V. par ex., Cass. soc., 25 sept. 2013, n° 12-20912 : Act. proc. coll. 2013, n° 258. Elle n'est d'ailleurs plus réservée aux salariés bénéficiant de la préretraite amiante (Cass. ass. plén., 5 avr. 2019, n° 18-17442).

13 Cass. soc., 11 sept. 2019, n° 17-24879.

5 Cass. com., 13 mai 2014, n° 13-14357 : Act. proc. coll. 2014, n° 185 – Cass. com., 27 oct. 2012, n° 11-23773 : Act. proc. coll. 2013, n° 3 – Cass. com., 16 mars 2010, n° 08-17316 ; Cass. com., 31 janv. 2017, n° 15-17296 : JCP E 2017, 1164, n° 11 ; Act. proc. coll. 2017, n° 53. Cette sanction ne s'applique pas en présence d'une instance en cours (Cass. com., 13 févr. 2019, n° 17-28749 : Act. proc. coll. 2019, n° 65).

6 Cass. com., 9 juin 1998, n° 96-12923 : Act. proc. coll. 1998, comm. 85.

En second lieu, les salariés peuvent obtenir le paiement des indemnités de rupture postérieures au jugement d'ouverture. Trois différences majeures sont à signaler. La première spécificité non négligeable est l'octroi généralisé aux salariés de ces indemnités réparant le préjudice lié à la rupture de leur contrat. Le Code du travail, contrairement au droit commun des contrats voire au Code de commerce, prévoit le versement d'indemnités de rupture (licenciement, préavis et congés payés) aux salariés licenciés pour motif économique, sous condition d'ancienneté. Elles restent dues malgré l'ouverture d'une procédure collective. Les autres cocontractants, qui verraient leur relation contractuelle rompue, ne peuvent en bénéficier que si une clause du contrat le prévoit ou pour certains contrats spéciaux. Ensuite, la deuxième dérogation, instaurée par la chambre sociale de la Cour de cassation, est de traiter ces indemnités comme des créances naissant pour les besoins du déroulement de la procédure¹⁴, contrairement à la position de la chambre commerciale¹⁵, pouvant être payées à échéance en raison de leur caractère utile. Enfin, la troisième particularité est la prise en charge par l'AGS de ces indemnités, si la rupture, à l'initiative de l'administrateur, intervient dans certains délais (C. trav., art. L. 3253-8). Cette règle vaut d'ailleurs également en sauvegarde¹⁶. Les salariés sont donc certains d'être payés de ces indemnités à la différence des autres créanciers.

Ces différences de traitement doivent cependant être remises en cause pour partie.

II. Une restauration possible de l'égalité

Cette restauration est possible car elle existe déjà pour partie (A) et l'égalité doit être repensée en raison de la justification de ce régime dérogatoire (B).

A. Une égalité en partie restaurée

Il existe en premier lieu une égalité certaine avec les créanciers postérieurs. En effet, comme tous les créanciers postérieurs, les salariés peuvent invoquer le bénéfice des articles L. 622-17 du Code de commerce en sauvegarde et en redressement et L. 641-13 en liquidation judiciaire, à savoir le droit d'être payé à échéance, ou à défaut, le droit de poursuite individuelle, en vertu du prix de la course et enfin le droit

à un paiement sur les biens du débiteur avec un rang intéressant, venant après le super-privilège des salaires, la créance de conciliation, les créanciers antérieurs munis de sûreté réelle immobilière en liquidation judiciaire seulement. Parmi les créances postérieures utiles, les salaires bénéficient d'une place prioritaire. Encore faut-il que les conditions soient réunies, leur seule qualité de salarié ne suffisant pas. Comme n'importe quel autre créancier, il faut que la créance salariale soit postérieure, qu'elle soit née régulièrement, ce qui ne pose pas de problème pour la poursuite des contrats en cours. Pour les salariés recrutés pendant la période d'observation, il faudra vérifier que leur contrat de travail a été conclu régulièrement en respectant notamment les pouvoirs de l'administrateur et du débiteur, le contrat de travail n'étant considéré ni comme un acte de disposition ni comme un acte de gestion courante dès lors qu'il ne relève pas de l'activité habituelle¹⁷. Si la créance est irrégulière, elle sera traitée comme une créance hors procédure collective, même si elle porte sur des salaires, et ne sera payée qu'après la clôture de la procédure pour insuffisance d'actif. Enfin, la créance doit être utile, c'est-à-dire qu'elle doit être née pour les besoins de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur, comme la créance de salaire. La notion d'utilité devrait donc conduire à exclure par exemple les indemnités versées en raison de l'inexécution par l'employeur de ses obligations. Le salarié, malgré sa qualité, ne pourra alors pas être payé à échéance comme les autres créanciers postérieurs inutiles. La seule différence réside dans l'absence de déclaration de sa créance dans les 2 mois de son exigibilité, le mandataire l'inscrivant sur le relevé adéquat. Enfin, les créances de salaire postérieures ne sont pas garanties par l'AGS par principe, car l'entreprise doit pouvoir payer les créances de salaire faisant l'objet du privilège des créances postérieures¹⁸, sauf en cas de liquidation judiciaire et dans certaines limites. Ce régime traite donc de la même manière les salariés et les autres créanciers grâce à une analyse minutieuse de la créance.

Il existe en second lieu, une certaine égalité avec les créanciers antérieurs. Comme pour tous les créanciers antérieurs, le jugement d'ouverture arrête le cours des intérêts légaux et conventionnels des créances salariales¹⁹ et anéantit leur droit de poursuite. Les salariés ne peuvent pas, par exemple, pratiquer une saisie-

14 Cass. soc., 16 juin 2010, n° 08-19351 : Gaz. Pal. 16 oct. 2010, n° 13273, p. 28, note Henry L.-C.

15 Cass. com., 5 oct. 2010, n° 09-70249 : Rev. proc. coll. 2011, n° 7.

16 En sauvegarde, ne sont garanties que l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement, celle de préavis et de congés payés. Dans les autres procédures collectives, ce sont toutes les conséquences financières de la rupture (v. par ex., Cass. soc., 8 févr. 2012, n° 10-12906, Moulinex : JCP S 2012, 1153 – Cass. soc., 29 janv. 2003, n° 01-40123 ; Cass. soc., 7 avr. 2010, n° 09-40015 : Act. proc. coll. 2010, n° 141).

17 V. par ex., Cass. soc., 17 oct. 2006, n° 04-45827 : JCP S 2006, 1944 ; Act. proc. coll. 2007, n° 9. V. au contraire, Cass. soc., 21 sept. 2005, n° 03-41598 : JCP E 2006, n° 2, p. 71.

18 V. par ex., Cass. soc., 1^{er} févr. 2012, n° 10-17391, pour un redressement.

19 C. com., art. L. 622-28 ; Cass. soc., 13 janv. 1999, n° 96-43431 : Act. proc. coll. 1999, n° 57 – Cass. soc., 13 juin 2001, n° 99-41762.

attribution²⁰ ou obtenir en justice une condamnation au paiement²¹. Il faut sans doute aller plus loin et restaurer une égalité avec les autres créanciers.

B. Une meilleure égalité à restaurer

Comment justifier un tel régime de faveur au profit des salariés ? La raison réside en réalité dans le fait que le salarié trouve sa source de revenu principale voire exclusive dans la rémunération perçue en contrepartie de la prestation effectuée. Ce n'est pas la dépendance juridique caractérisant le contrat de travail qui justifie ce traitement de faveur, mais uniquement la dépendance économique. De cette analyse découlent deux conséquences possibles.

La première concerne tout d'abord le champ d'application *ratione materiae* de ce régime de faveur. Bien que n'étant pas une créance de nature alimentaire faute d'obligation alimentaire, les créances salariales ont un caractère alimentaire expliquant leur régime particulier²². Même si cette solution vaut *a priori* pour toutes les créances des salariés, toutes les considérer comme telles serait sans doute excessif. Ainsi il ne semble pas justifié d'étendre ce régime aux remboursements de frais, aux sommes versées au titre de la participation ou de l'intéressement voire aux sommes dues en inexécution du contrat de travail. Un certain nombre de textes ne visent d'ailleurs que les créances garanties par le super-privilège ou le privilège, en raison de leur caractère alimentaire évident. Il serait donc judicieux de limiter leur champ d'application à ces seules créances. Ainsi, ces autres créances dues aux salariés au jour du jugement d'ouverture ne devraient pas être payées pendant la période d'observation. Les textes pourraient ouvrir la porte à une telle interprétation extensive. En effet, même si l'article L. 625-8 prévoyant un paiement obligatoire ne vise que les créances super-privilégiées, l'article L. 3253-20 laisse la possibilité de payer les autres dès lors que l'entreprise a des fonds disponibles. Cette rupture d'égalité ne semble pas justifiée au regard de la nature de ces créances. Par ailleurs, ce texte du Code du travail vise la garantie AGS et ne prévoit pas une règle dérogatoire expresse à l'interdiction des paiements. Il en est de même des délais ou des remises prévues par le plan de sauvegarde ou de redressement. Comme les autres créanciers, les salariés pourraient se voir imposer des délais de paiement uniformes en vertu de l'article L. 626-18 pour ces créances non garanties par le privilège ou le super-privilège. Reste la garantie AGS, car l'article L. 3253-8 du Code du travail vise toutes les sommes dues aux salariés, sans distinguer

leur nature. La Cour de cassation l'a cependant lu à la lumière de l'article L. 3253-6 qui instaure l'obligation de cotiser auprès de l'AGS pour le « risque de non-paiement des sommes qui leur sont dues en exécution du contrat de travail », étendant ainsi cette garantie. Pour limiter cette prise en charge, des plafonds ont été mis en place (C. trav., art. L. 3253-17), dont les montants ont été baissés en 2003 (C. trav., art. D. 3253-5) et qui prennent désormais en compte le précompte effectué par l'employeur au profit des organismes sociaux, c'est-à-dire de l'ensemble des cotisations et contributions sociales²³. Ce mécanisme de plafond est nécessaire car il permet de limiter cette prise en charge pour des sommes dont le caractère alimentaire pourrait être discuté en raison de leur montant. Le salaire, s'il est élevé, reste cependant du salaire. Mais il ne suffit pas : il faudrait revoir la rédaction des textes, en limitant par exemple la prise en charge aux sommes garanties par le super-privilège et le privilège des salaires ou en excluant certaines sommes, comme celles dues en inexécution du contrat de travail.

La seconde conséquence concerne ensuite le champ d'application *ratione personae* : d'autres créanciers se trouvent dans une situation de dépendance économique, le débiteur en procédure collective étant parfois le seul partenaire économique. L'ouverture de la procédure collective aura des conséquences sur sa trésorerie voire sa propre survie. La faillite de la plateforme Take Eat Easy illustre parfaitement cette hypothèse : les livreurs ont demandé et obtenu la requalification de leur contrat en contrat de travail, ce qui devrait les faire bénéficier de ce traitement de faveur²⁴. Mais ne serait-il pas souhaitable d'aligner pour partie le régime de ces travailleurs dits indépendants mais qui dans les faits ne le sont pas au moins économiquement sur celui des salariés ? Ne peut-on pas envisager un mécanisme de garantie de paiement de certaines créances de prestation de service ? Il pourrait s'agir de l'AGS moyennant une cotisation ou un système facultatif comparable. Cette dépendance économique fait que ces créances peuvent aussi avoir un caractère alimentaire au même titre que les créances de salaire *stricto sensu*. Ce n'est pas le salarié qui doit en bénéficier en tant que tel, mais les créances à caractère alimentaire de l'ensemble des travailleurs dépendant économiquement d'un débiteur. Repenser le champ d'application de ce régime permettra peut-être de démentir cette citation avec laquelle nous avons commencé : « Tous les créanciers sont égaux, mais certains créanciers sont plus égaux que d'autres ».

20 C. com., art. L. 622-21 ; Cass. com., 3 mai 2016, n° 14-24855.

21 Cass. soc., 21 oct. 2018, n° 17-27091.

22 Cass. com., 3 mai 2016, n° 14-24855 ; Act. proc. coll. 2016, n° 121 ; RTD com. 2016, p. 552.

23 C. trav., art. L. 3253-17, modifié en 2016, appliqué par anticipation par la Cour, Cass. soc., 8 mars 2017, n° 15-29392 ; Act. proc. coll. 2017, n° 138. V. *contra* avant, Cass. soc., 2 juill. 2014, n° 13-11948 ; Act. proc. coll. 2014, n° 260.

24 Cass. soc., 28 oct. 2018, n° 17-20079 ; Act. proc. coll. 2019, n° 4.

Les causes classiques de préférence : l'égalité respectée ? Le traitement différencié des créanciers titulaires de sûretés réelles 117j8

Augustin AYNÈS

Professeur à l'université Paris Est-Créteil (Paris 12)

L'égalité n'est pas l'uniformité. Elle est compatible avec un traitement différencié des créanciers lorsqu'ils sont dans des situations distinctes. C'est par essence l'effet d'une sûreté, de sorte que le traitement favorable réservé à certains créanciers privilégiés dans la procédure collective peut être parfaitement égalitaire. Mais il ne l'est pas, en revanche, en cas de traitement identique de créanciers différents ou, réciproquement, de traitement différent de créanciers identiques.

1. L'égalité est, comme la justice avec laquelle elle entretient des rapports étroits – parce que la première permet la seconde¹ –, un terme à la mode. Mais c'est aussi et surtout un terme polysémique et de fait, mal compris ou galvaudé. Au demeurant, on peut en dire autant des deux autres termes qui forment la devise de la République française : la liberté et la fraternité. D'un point de vue politique, cette ambiguïté intrinsèque peut présenter certains avantages : chacun peut y mettre ce qu'il souhaite. D'un point de vue juridique, l'ambiguïté n'a que l'avantage d'ouvrir à la *disputatio* doctrinale, mais, en pratique, constitue un ferment d'insécurité.

2. Depuis Aristote, on sait que l'égalité peut être arithmétique ou géométrique (ou proportionnelle). Dans le premier cas, elle satisfait à un idéal de justice commutative, en traitant identiquement les personnes, les choses et les situations. Dans le second cas, l'égalité procède de la justice distributive en donnant à chacun selon ses mérites et sa situation : *Suum cuique tribuere*.

On perçoit que chacune de ces *égalités* induit une forme d'inégalité, dans la mesure où elle méconnaît nécessairement l'autre acception du terme : l'égalité arithmétique est inégalité géométrique ou proportionnelle, et, réciproquement, l'égalité géométrique ou proportionnelle est inégalité arithmétique. Surtout, cette double acception du terme « égalité » révèle qu'elle n'implique pas nécessairement un traitement identique des choses et des personnes. Égalité et uniformité ne sont pas nécessairement synonymes. C'est ce que traduit l'intitulé même de cette intervention ; le traitement différencié des créanciers titulaires de sûretés peut satisfaire une forme d'égalité : l'égalité distributive.

3. Le traitement différencié de certains créanciers – et par voie de conséquence, l'inégalité arithmétique qu'il implique – est de l'essence des sûretés, spécialement réelles.

Celles-ci tendent à remédier aux faiblesses du droit de gage général², lequel se caractérise par un traitement identique des créanciers chirographaires. Le paiement au marc le franc, en vertu duquel chacun reçoit une fraction du prix de vente de l'actif à proportion de la part de sa créance dans le total du passif, est une application éclatante de l'idée de justice arithmétique : tous les créanciers sont traités identiquement... et supportent identiquement – car proportionnellement – l'insuffisance d'actif. Si, par exemple, l'actif ne couvre que 80 % du passif, chaque créancier recevra 80 % du montant de sa propre créance.

La finalité d'une sûreté réelle est de faire échapper son titulaire à cette répartition proportionnelle de l'insolvabilité, comme en atteste le fait que l'article 2285 du Code civil, qui pose le principe de paiement par contribution des créanciers, réserve expressément le cas dans lequel existe entre eux des « causes légitimes de préférence ». Les créanciers munis de sûretés réelles ont le droit d'être payés avant les autres sur le prix à provenir de la vente d'un actif, lorsqu'ils bénéficient d'une sûreté préférence, ou un droit exclusif sur un des biens de leur débiteur, en présence d'une sûreté fiduciaire. Dans tous les cas, ils n'auront pas à subir l'insolvabilité de leur débiteur ou, à tout le moins, la subiront moins que les chirographaires. Le traitement différencié des créanciers est dans l'ADN d'une sûreté réelle : c'est sa finalité et son effet.

Les sûretés personnelles provoquent également une sorte de rupture d'égalité arithmétique, bien que celle-ci paraisse moins flagrante. Elles offrent à leur titulaire un second patrimoine sur lequel exercer leur droit de gage. En somme, leur droit de gage général a une assiette élargie par rapport aux créanciers chirographaires.

2 V. en ce sens, par exemple : Crocq P., *Propriété et garantie*, thèse, 1995, université Panthéon-Assas (Paris 2), LGDJ, préf. Gobert M., p. 234, n° 282, qui propose de la sûreté la définition suivante : « Une sûreté est l'affectation à la satisfaction du créancier d'un bien, d'un ensemble de biens ou d'un patrimoine, par l'adjonction aux droits résultant normalement pour lui du contrat de base, d'un droit d'agir, accessoire de son droit de créance, qui améliore sa situation juridique en remédiant aux insuffisances de son droit de gage général, sans être pour autant une source de profit, et dont la mise en œuvre satisfait le créancier en éteignant la créance en tout ou partie, directement ou indirectement ».

NDA : Le style oral a été conservé.

1 Selon Aristote, « Si donc l'injuste est inégal, le juste est égal, et c'est là, sans autre raisonnement, une opinion unanime » (Aristote, *Ethique à Nicomaque*, livre V, chap. 6, 1131a-1131b).

4. À l'inverse, l'identité de traitement paraît, à première vue, particulièrement prégnante en droit des procédures collectives. La raison en est que les dispositions du livre VI du Code de commerce organisent une discipline collective rigoureuse, au moins à l'égard des créanciers antérieurs (et à ceux qui leur sont assimilés) : interdiction des paiements et des poursuites, obligation de déclaration, réalisation des actifs par le liquidateur, etc. Cette discipline collective pourrait faire croire à l'existence d'un principe d'égalité arithmétique entre les créanciers. Les tribunaux, jusqu'à la Cour de cassation, entretiennent cette impression. Pas plus tard que le 3 avril dernier, la chambre commerciale a approuvé une cour d'appel d'avoir annulé un gage espèce, constitué en période d'observation pour garantir une créance antérieure, au motif que cela avait été fait « au mépris de l'égalité entre créanciers »³.

Pourtant cette apparence est trompeuse. Le droit des procédures collectives ne consacre pas un principe d'égalité arithmétique entre créanciers. L'idée de discipline collective n'est pas synonyme de traitement uniforme. Dans des proportions variables au fil du temps, les créanciers privilégiés ont toujours bénéficié d'un traitement propre dans la procédure collective.

5. Reste à déterminer si ces différences de traitement sont toujours justifiées, c'est-à-dire si elles satisfont effectivement à une exigence d'égalité géométrique ou proportionnelle. En d'autres termes, à défaut de justice commutative, y a-t-il en la matière une justice distributive ?

Or, il apparaît que tel n'est pas toujours le cas. Il est des disparités de traitement entre créanciers qui apparaissent égalitaires (I) et d'autres non (II).

I. Disparités égalitaires

6. Certaines disparités de traitement entre créanciers sont pleinement justifiées (et, ce faisant *égalitaires*), car elles découlent de différences réelles dans la situation des intéressés. Ces particularités sont de nature à induire un traitement préférentiel des créanciers dans la personne desquels elles existent, soit en raison d'un choix de politique juridique propre au droit des entreprises en difficulté (1), soit pour des raisons techniques auxquelles les règles du droit des entreprises en difficulté ne peuvent rien (2).

A. Disparités politiques

Au titre des différences de traitement justifiées par des choix de politique juridique figure, évidemment, la *summa divisio* du droit des entreprises en difficulté ; celle opposant les créanciers postérieurs réguliers et

utiles aux autres créanciers (les antérieurs et les postérieurs *inutiles*). Il est superflu de dire à quel point ceux-ci sont mieux traités que ceux-là ; c'est l'une des règles cardinales du droit français de la faillite. Parmi d'autres avantages, les créanciers postérieurs utiles jouissent d'un privilège général (de troisième ou quatrième rang, selon la procédure).

7. Cette inégalité de traitement – sur le plan arithmétique – est-elle injustifiée sur le plan géométrique ou proportionnel ?

Si on s'attache seulement à la nature des droits dont sont titulaires les différents protagonistes, c'est incontestablement le cas. Il peut se trouver dans l'une et l'autre des catégories des créanciers ayant intrinsèquement les mêmes droits et les mêmes prérogatives (par exemple, des créanciers investis, hors procédure collective, d'un droit de préférence comparable) et pourtant, ils ne sont pas traités identiquement. Pire encore, il est des créanciers antérieurs qui, sur le plan *technique*, ont des droits nettement préférables à ceux des créanciers postérieurs utiles (par exemple, d'un côté un créancier hypothécaire de premier rang et de l'autre un créancier dénué de sûreté conventionnelle), qui pourtant leur sont préférés. Au regard de la nature des droits en cause, la différence de traitement entre créanciers antérieurs et postérieurs paraît inégalitaire.

8. Il n'en demeure pas moins que les créanciers postérieurs utiles présentent une *qualité* commune et distinctive des autres : ils ont contribué au financement de la poursuite d'activité et de la procédure. Cette particularité ne tient pas à la nature de leur droit, mais aux conditions (de date et de finalité) dans lesquelles ils sont nés. Dans une perspective de justice distributive, elle n'en est pas moins de nature à fonder une différence de traitement.

Le fait d'offrir un traitement préférentiel aux créanciers postérieurs relève, certes, d'un choix de politique juridique. Comme tel, il est empreint d'une forme de subjectivité. Pour autant, le résultat – la différence de traitement – auquel conduit ce choix n'est pas injuste, au sens où il respecte une forme d'égalité géométrique ou proportionnelle. Chacun reçoit en fonction de la valeur donnée subjectivement (mais pas arbitrairement) à son droit.

9. Il n'y a rien d'injuste à ce que le législateur établisse une hiérarchie entre les différents créanciers, en tenant compte de la finalité qu'il assigne aux règles qu'il édicte. D'ailleurs, cela n'est pas propre au droit des entreprises en difficulté. On peut en dire de même de tout classement de créanciers privilégiés. Si la primauté reconnue aux créanciers munis de sûreté sur les chirographaires repose sur une différence technique dans les droits dont ils sont investis, la classe-

³ Cass. com., 3 avr. 2019, n° 18-11281.

ment interne aux premiers est purement politique⁴. Il résulte d'un choix opéré par le législateur en fonction des objectifs qu'il s'est fixés (par exemple, favoriser le crédit social).

Mais cela suppose que le critère de distinction corresponde effectivement à la finalité de la règle. À cet égard, la limitation, consacrée à l'occasion de la loi de sauvegarde, du privilège des créanciers postérieurs à celles qui ont été véritablement utiles à la procédure, est heureuse. Il n'est pas certain, en revanche, que ce soit toujours vrai dans le cas de la liquidation, dans laquelle le critère d'utilité a été tellement dilaté qu'il a presque perdu toute réelle consistance⁵.

B. Disparité technique

Parmi les créanciers antérieurs et assimilés, certains sont mieux traités que les autres et bénéficient de prérogatives particulières, sans que cela constitue une rupture d'égalité. Ce traitement préférentiel est justifié par la nature particulière des droits dont ils sont titulaires.

Les règles du droit des procédures collectives (obligation de déclaration, interdiction des paiements et des poursuites, etc.) s'appliquent indistinctement à tous les créanciers antérieurs et assimilés. C'est ainsi, par exemple, qu'après le jugement d'ouverture, aucun d'entre eux ne peut entreprendre de mesure d'exécution forcée. Mais, tout aussi identiquement, la procédure collective ne fait pas disparaître les droits dont ils étaient titulaires lors du jugement d'ouverture (sous réserve de leur éventuelle inopposabilité en cas de défaut de déclaration). En particulier, cela n'est pas une cause d'extinction des sûretés et garanties. Or, il se trouve que certaines d'entre elles donnent à leur titulaire des droits ou prérogatives que les règles communes de la procédure collective n'altèrent pas. Les créanciers qui en jouissent conservent donc la possibilité de les invoquer et, de ce fait, se trouvent placés dans une situation plus favorable que les autres.

Cette différence de traitement est égalitaire (au sens géométrique ou proportionnel du terme), en ce sens qu'elle est fondée sur une différence objective et technique de nature des droits des créanciers concernés. Cela respecte parfaitement la justice distributive : chaque créancier reçoit en fonction de sa situation.

On peut en donner deux illustrations.

10. En premier lieu, le droit des procédures collectives consacre une certaine différence de traitement entre créanciers chirographaires et privilégiés. Cela se tra-

duit, d'abord, par l'existence d'un classement en cas de répartition du prix de cession des actifs, spécialement dans la liquidation, donnant la primauté aux seconds sur les premiers. Certes, tous subissent, sauf exception, la priorité des créanciers postérieurs utiles. Mais entre eux, le principe de paiement prioritaire des privilégiés demeure. Il est justifié par le fait que ceux-ci sont investis d'un droit particulier : un droit de préférence.

Cela se traduit ensuite par l'affectation au désintéressement des créanciers inscrits d'une quote-part du prix, en cas de cession du bien grevé durant la période d'observation (C. com., art. L. 622-8). Là encore, s'ils sont mieux traités que les chirographaires, c'est parce qu'ils ont sur ce bien un droit particulier (un droit réel de préférence), que ne font pas disparaître les règles de la procédure et qui est opposable aux tiers cessionnaires.

11. En second lieu, le droit des procédures collectives admet une différence de traitement entre les créanciers privilégiés eux-mêmes (au sens large).

C'est ainsi, par exemple, que le créancier rétenteur effectif peut être payé avant tout autre, grâce au mécanisme du retrait contre paiement (C. com., art. L. 622-7 et C. com., art. L. 641-3) ou celui du report du droit de rétention sur le prix de vente (C. com., art. L. 642-20-1)⁶. L'un et l'autre s'expliquent par la situation de blocage à laquelle risque de conduire la rétention. Elle est de nature à empêcher l'usage du bien (dans la sauvegarde ou le redressement) ou sa réalisation dans des conditions optimales (dans la liquidation judiciaire). Or la discipline collective qu'imposent les règles des procédures collectives aux créanciers antérieurs, n'y peut rien, puisque le rétenteur est passif. Sa garantie produit son effet coercitif sans qu'il ait besoin d'agir.

Face à cette particularité, propre au droit de rétention effectif, le législateur est contraint d'instituer des règles spécifiques, qui aboutissent au traitement préférentiel du rétenteur. Il n'y a rien en cela d'injuste ou d'inégal, puisque cela résulte d'une réelle différence de situation.

12. Il en est de même des créanciers titulaires de sûretés fiduciaires. S'ils sont mieux traités que les titulaires de sûretés préférence, c'est tout simplement qu'ils ont, sur le bien affecté en garantie, un droit particulier : un droit de propriété. Le bien affecté en garantie ne fait plus partie de l'actif du débiteur et n'est donc pas affecté par les règles de la procédure collective, lesquelles, en vertu du principe de l'effet réel, n'in-

⁴ V. not., en ce sens, Aynès L. et Crocq P., *Droit des sûretés*, 12^e éd., 2019, LGDJ, p. 23, n° 16.

⁵ V. en ce sens, égal. : Lucas F.-X., *Manuel de droit de la faillite*, 2^e éd., 2018, PUF, p. 282, n° 282 ; Pérochon F., *Entreprises en difficulté*, 10^e éd., 2014, LGDJ, p. 523, n° 1176.

⁶ Mécanisme désormais jugé applicable même en cas de rétention d'un immeuble (Cass. com., 30 janv. 2019, n° 17-22223 : Rev. proc. coll. 2019, comm. 70, obs. Gijssbers C. ; D. 2019, p. 927, note Aynès A.).

téressent que les biens qui sont le gage commun des créanciers du débiteur.

À cet égard, reconnaître aux titulaires de sûretés fiduciaires (vendeur réservataire, cessionnaire *Dailly* ou fiduciaire) la faculté de réaliser leurs sûretés en dépit de la procédure ouverte à l'aide du débiteur⁷, n'a rien d'inégalitaire. L'interdiction des poursuites et des paiements s'applique à eux comme aux autres créanciers antérieurs. Mais dans la mesure où ils ne prétendent pas agir sur les biens du débiteur, elle n'a pas d'incidence à leur égard.

Ce sont, au contraire, les quelques règles restreignant les droits du créancier fiduciaire qui consacrent une forme d'inégalité⁸. Cela aboutit à les traiter comme des créanciers ayant un droit de préférence, alors qu'ils sont investis d'un droit d'une nature différente portant sur un bien *hors procédure*. Bien qu'on en perçoive les raisons de politique juridique (et les vertus), force est de reconnaître que cette identité de traitement de personnes placées dans une situation à ce point différente est une forme d'inégalité géométrique ou proportionnelle. Ce n'est pas la seule règle inégalitaire du droit des entreprises en difficulté.

II. Disparités inégalitaires

13. Le caractère inégalitaire des règles de traitement des créanciers privilégiés dans la procédure collective peut provenir soit (1) du traitement identique de créanciers placés dans des situations différentes, soit (2) du traitement différent de créanciers placés dans la même situation.

A. Traitement identique de créanciers différents

Traiter identiquement des créanciers ayant des droits différents engendre une forme d'inégalité dans une perspective de justice distributive.

La première hypothèse de ce type qui vient à l'esprit est celle du rétenu fictif de l'article 2286, 4°, du Code civil. Depuis 2008, ce texte attribue au gagiste sans dépossession un droit de rétention qui ne repose sur aucun pouvoir effectif de blocage. C'est une pure fiction !

On en connaît la genèse : le législateur a voulu doter le gage par inscription d'une efficacité comparable à celle du gage avec dépossession, en lui donnant par

la seule force de la loi ce qu'il n'a pas par la nature des choses : un droit de rétention. Mais, si le droit est coutumier des fictions, dans le cas de la rétention, cela jure avec l'essence même du procédé de garantie qui repose tout entier sur la gêne causée au propriétaire, laquelle doit être concrète.

S'agissant du régime de cette rétention fictive en cas de procédure collective du débiteur⁹, le choix a été fait de distinguer entre, d'une part, la sauvegarde et le redressement judiciaire, durant lesquelles, sauf en cas de cession du bien, la rétention fictive est opposable, et, d'autre part, la liquidation judiciaire où, faute de disposition particulière, elle aurait vocation à obéir au même régime que la rétention effective¹⁰.

C'est dans cette potentielle application indifférenciée de la règle du retrait contre paiement ou du report du droit de rétention sur le prix de vente que réside l'inégalité. Les gagistes avec et sans dépossession sont dans des situations différentes, puisque, c'est une évidence, l'un détient le bien et pas l'autre. Ainsi, il manque au gagiste par inscription ce qui est le fondement même de ces règles : le pouvoir de gêner la vente du bien, en empêchant sa délivrance à l'acquéreur. L'exigence de justice distributive interdit donc de les lui appliquer. En prétendant traiter identiquement des créanciers gagistes investis de prérogatives matérielles très différentes, le législateur rompt l'égalité et commet une injustice.

14. Le second exemple de traitement identique de créanciers pourtant différents concerne le sort des tiers garants dans la procédure collective. Dans la sauvegarde, les personnes physiques ayant garanti les dettes du débiteur, au moyen d'une sûreté personnelle ou réelle pour autrui, peuvent se prévaloir de l'opposabilité des créances non déclarées, de l'arrêt des poursuites et du cours des intérêts, ainsi que des dispositions du plan. Ce traitement identique des garants (spécialement les cautions et les garants autonomes) est destiné à déjouer une stratégie de contournement, consistant pour les créanciers à délaisser les sûretés accessoires. Mais, elle méconnaît la différence de nature entre les sûretés personnelles. Il est contraire à l'essence même de la garantie autonome de permettre à un constituant de se prévaloir de l'opposabilité de la créance non déclarée à la procédure du débiteur ou, surtout, des modalités de paiement prévues par le plan de sauvegarde.

7 V. par exemple en matière de cession *Dailly* : CA Versailles, 28 févr. 2013, n° 12/06573 ; D. 2013, p. 829, note Dammann R. et Poteur G. ; D. 2013, p. 1716, obs. Crocq P. ; Dr. & patr. juill.-août 2013, n° 227, p. 96, obs. Aynès A.

8 Voir notamment l'article L. 622-23-1 du Code de commerce, interdisant la réalisation d'une fiducie sûreté durant la période d'observation et l'exécution du plan, lorsque le constituant en procédure collective a conservé l'usage et la jouissance des biens cédés, par l'effet d'une convention de mise à disposition.

9 Crocq P., « Le gage, avec ou sans dépossession, après la loi du 4 août 2008 et l'ordonnance du 18 décembre 2008 », CDE 2009, ch. 21 ; Aynès A., *Précisions sur le sort du gage sans dépossession en cas de procédure collective*, JCP G 2009, I 119.

10 Ce que la Cour de cassation a admis au sujet du droit de rétention fictif du porteur d'un warrant (Cass. com., 26 janv. 2010, n° 08-21340 ; JCP G 2010, 708, obs. Delebecq P.).

Dans ces hypothèses, parce qu'elle fait fi de la différence de nature entre les sûretés et garanties concernées, l'identité de traitement entre les créanciers ne relève pas de l'égalité, mais de l'égalitarisme.

B. Traitement différent de créanciers identiques

Bien que la situation semble diamétralement opposée, il est tout aussi inégalitaire de traiter différemment des créanciers pourtant placés dans des situations comparables à l'égard des fondements d'une règle donnée.

Tel est le cas, par exemple, lorsque l'attribution judiciaire est refusée au créancier hypothécaire dans la liquidation, alors que l'article L. 622-21 du Code de commerce permet au gagiste de l'obtenir¹¹. Certes, l'hypothèque et le gage sont des sûretés différentes par bien des aspects. Mais au regard de la faculté d'attribution judiciaire, elles sont comparables. Rien ne justifie de les traiter différemment à cet égard, si ce n'est une application littérale des textes, dont le législateur doit sans délai assurer la cohérence.

De la même façon, il est inégalitaire de permettre l'attribution judiciaire et de refuser la mise en œuvre d'un pacte commissaire. L'inégalité, ici, n'a pas lieu entre créanciers, mais entre les modes de réalisation d'une même sûreté. Elle n'en est pas moins réelle. Les deux modes de réalisation ne diffèrent que par la source de l'attribution de la propriété du bien grevé au

créancier privilégié : dans un cas la convention, dans l'autre le juge. Mais ce dernier ne peut la refuser si les conditions sont réunies. Par ailleurs, dans les deux cas, il n'y a aucun risque d'appauvrissement du débiteur, car le bien est évalué et une soulte est due si sa valeur excède le montant de la créance garantie. La seule différence tient donc au moment auquel peut s'exercer un contrôle judiciaire des conditions de mise en œuvre du mécanisme : dans l'attribution judiciaire, il a lieu *a priori* ; dans le pacte commissaire, *a posteriori* en cas de contestation. Cette différence ne justifie pas l'admission de l'un et le rejet de l'autre, dans le cadre de la liquidation.

15. Enfin, on peut évoquer, au titre des règles inégalitaires, car appliquées distinctement à des créanciers placés dans des situations comparables, celles relatives aux nullités de la période suspecte. En raison de la construction par strates successives de l'article L. 632-1 du Code de commerce, certaines sûretés échappent à la nullité frappant de plein droit celles constituées en garantie de créances antérieures. C'est le cas de la cession *Dailly*, notamment. Pourtant le fondement de la règle commande de l'appliquer, quelle que soit la sûreté considérée.

16. Puisqu'elles sont un facteur d'injustice et nuisent à la cohérence du droit des procédures collectives, il faut espérer que la prochaine réforme sera l'occasion de remédier à certaines de ces inégalités de traitement entre créanciers.

11 Cass. com., 28 juin 2017, n° 16-10591 : RTD civ. 2017, p. 707, obs. Croq P. ; JCP G 2017, 1239, obs. Delebecque P. ; JCP E 2017, 1460, obs. Petel P. ; Rev. proc. coll. 2017, comm. 102, obs. Macorig-Venier F.

La situation des propriétaires, vis-à-vis du principe d'égalité des créanciers, est fréquemment perçue comme anormale. Les droits qui leur sont conférés ne seraient rien moins qu'une entorse à ce principe séculaire. En réalité, il est assez naturel qu'ils offrent peu de prises à l'application du principe d'égalité. Si l'on peut songer à les soumettre plus fortement à la discipline collective, ce principe n'est pas le meilleur instrument pour y parvenir.

1. Michel Cabrillac écrivait que le principe d'égalité des créanciers bénéficie d'une révérence qui le hisse à l'altitude d'un dogme, mais encore qu'il fait figure d'auberge espagnole, chacun y apportant ce qu'il y trouve¹. Dans le même temps, le sujet peut paraître assez classique : il a donné lieu à des thèses, parfois assez anciennes, celles par exemple de Michel Vasseur² ou de Marie-Jeanne Campana³. Dans les deux cas, c'est le principe d'égalité entre les créanciers chirographaires qui était envisagé.

2. Le décalage est saisissant. Lorsque l'on évoque aujourd'hui le principe d'égalité des créanciers, c'est moins pour envisager la situation des chirographaires que pour fustiger la possibilité qu'ont certains d'entre eux, notamment les propriétaires, d'échapper à la discipline collective. De façon contemporaine, l'égalité des créanciers est aussi fréquemment envisagée dans le cadre plus particulier et restreint du plan⁴.

3. Dans son article paru en 1991, Michel Cabrillac avait pleinement saisi la difficulté, soulignant que le principe d'égalité des créanciers souffre d'une triple ambiguïté⁵. Une ambiguïté quant à son domaine : concerne-t-il uniquement les créanciers chirographaires ou tous les créanciers ? Une ambiguïté quant à sa nature : est-on en présence d'un véritable principe ou s'agit-il uniquement d'un trait commun à quelques règles éparses ? Une ambiguïté des applications : une confusion règnerait entre les règles véritablement engendrées par l'égalité des créanciers et celles se traduisant également par un traitement uniforme des créanciers mais ayant d'autres origines.

4. La jurisprudence de la Cour de cassation illustre à merveille ces incertitudes. Lorsqu'il est évoqué, voire visé, en jurisprudence ce n'est pas toujours du même principe dont il est question. Ainsi, dans des arrêts

du 19 avril 1985⁶ et du 4 février 1992⁷, rendus sous l'empire des dispositions de la loi du 13 juillet 1967, c'est le principe d'égalité des créanciers dans la masse qui était visé, le second arrêt précisant que le principe est d'ordre public interne et international. Dans un arrêt bien connu du 30 octobre 2000⁸, la cour avait considéré qu'un paiement fait par le liquidateur au Trésor public, à la suite d'une erreur dans l'ordre des privilèges, n'ouvrait pas droit à répétition, dès lors que l'*accipiens* n'avait reçu que ce que lui devait son débiteur et que le paiement était intervenu sans atteinte au principe d'égalité entre les créanciers, inapplicable aux créanciers privilégiés. L'ordonnance du 12 mars 2014 a remis en cause cette solution à travers l'article L. 643-7-1 du Code de commerce, lequel vise « l'égalité des créanciers chirographaires ». Le législateur a donc consacré le principe d'égalité des créanciers, ou tout du moins l'une de ses facettes, celle que l'on retrouve à l'article 2285 du Code civil disposant que « Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers ». À s'en tenir à cela, le principe d'égalité serait inapplicable aux créanciers titulaires de sûretés réelles, qu'elles soient fondées sur un droit de préférence ou l'utilisation du droit de propriété.

5. En certaines circonstances, la jurisprudence évoque toutefois l'égalité des créanciers dans une perspective différente. Ainsi, la Cour de cassation a pu juger récemment que le gage-espèces constitué postérieurement à l'ouverture de la procédure collective ne peut avoir pour objet de garantir, au mépris de l'égalité entre les créanciers, une créance antérieure⁹. Malgré sa dénomination, le gage-espèces n'a rien d'un véritable gage puisque le créancier se voit transférer la propriété d'une somme d'argent en garantie de la bonne exécution de l'obligation du débiteur. C'est une garantie de nature fiduciaire, ce qui montre que les propriétés-sûretés n'échappent pas totalement à l'emprise du principe d'égalité.

6. Comment en est-on arrivé à quelque chose d'aussi obscur ? Le premier élément d'explication réside dans le fait même d'être en présence d'un « principe ». Généralement, les juristes voient dans le principe une

NDA : Compte tenu des contraintes éditoriales, les notes ont été réduites au strict nécessaire.

1. Cabrillac M., « Les ambiguïtés de l'égalité entre les créanciers », in *Mél. A. Breton et F. Derrida*, 1991, Dalloz, p. 31, n° 1.

2. Vasseur M., *Le principe de l'égalité entre les créanciers chirographaires dans la faillite*, 1949, Rousseau.

3. Reymond de Gentile M.-J., *Le principe de l'égalité entre les créanciers chirographaires et la loi du 13 juillet 1967*, 1973, Sirey.

4. Ghalimi N., « Le traitement différencié des créanciers dans les plans de sauvegarde et de redressement », LPA 19 déc. 2014, p. 4 et s.

5. Cabrillac M., « Les ambiguïtés de l'égalité entre les créanciers », in *Mél. A. Breton et F. Derrida*, 1991, Dalloz, p. 31, n° 9 et s.

6. Cass. com., 19 avr. 1985, n° 83-15258.

7. Cass. 1^{re} civ., 4 févr. 1992, n° 90-12569.

8. Cass. com., 30 oct. 2000, n° 98-10688 : JCP 2001, I, 298, n° 7, obs. Cabrillac M.

9. Cass. com., 3 avr. 2019, n° 18-11281.

proposition générale induite de règles particulières¹⁰. Cette approche classique des principes est parfois contestée. Ainsi, Ripert employait l'image de « vêtements magnifiques » servant à abriter des « opinions discutables »¹¹. Le simple fait d'être en présence d'un « principe » peut générer des incertitudes, au gré de la politique jurisprudentielle qu'entend suivre la Cour de cassation. Les principes sont des outils bien commodes.

7. Il faut également tenir compte d'un second élément d'explication. L'évolution du droit des entreprises en difficulté affecte nécessairement le principe d'égalité des créanciers. Les arrêts rendus sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967 ne peuvent être envisagés avec une grille d'analyse contemporaine. La situation des créanciers a trop évolué pour qu'il en soit ainsi.

8. Aujourd'hui, lorsque l'égalité des créanciers est évoquée c'est souvent pour s'étonner, voire s'indigner, de ce que certains, spécialement les propriétaires, échappent à la discipline collective quand d'autres, pas nécessairement des créanciers chirographaires, voient leurs droits largement sacrifiés sur l'autel du redressement. La fiducie fait ainsi l'objet d'attaques régulières. L'argumentaire se résume souvent à comparer la situation des uns et des autres pour mieux dénoncer une inégalité de traitement qui ébranlerait les fondements mêmes du droit des entreprises en difficulté. On comprend donc que le principe d'égalité des créanciers devrait se traduire par un traitement identique des uns et des autres. Le débat repose en réalité sur des bases tronquées, faute d'une réflexion suffisante sur ce qu'implique véritablement le principe d'égalité des créanciers. Dans sa conception originelle, les créanciers propriétaires échappent largement à l'emprise du principe d'égalité (I). Ce n'est ni surprenant ni illogique. Mais, de nos jours, cette approche originelle du principe d'égalité choque, la situation particulière des propriétaires étant vécue comme exorbitante du droit commun. Pour autant, le principe d'égalité des créanciers ne fait pas figure d'outil adéquat pour remédier à cette situation. Il faut plutôt tenter d'associer plus largement les créanciers propriétaires à l'effort collectif (II).

I. Des propriétaires largement affranchis du principe d'égalité

9. La situation particulière des créanciers propriétaires ne surprend pas si l'on veut bien revenir sur ce qui fonde le principe d'égalité des créanciers. Leur exclusion de principe est logique (A) même si, de façon

indirecte, le principe d'égalité peut s'appliquer à eux dès qu'il s'agit de reconstituer le gage commun des créanciers (B).

A. La logique d'une exclusion de principe

10. Sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967, l'égalité des créanciers se ramène à l'égalité des créanciers dans la masse. Les titulaires de sûretés réelles spéciales étaient en effet « hors la masse », laquelle accueillait les créanciers chirographaires et ceux titulaires d'un privilège général. Placés hors de l'emprise de la masse, les titulaires de sûretés réelles spéciales pouvaient appréhender les biens sur lesquels portaient leurs sûretés sans être trop entravés par la procédure collective¹². L'égalité envisagée était une égalité d'accès au gage commun et non une égalité de traitement puisque les créanciers titulaires d'un privilège général étaient désintéressés prioritairement. Mais tous les créanciers étaient traités de façon égalitaire quant à l'accès au gage commun¹³ et, pour y accéder, ils devaient se soumettre à certaines règles d'organisation de la procédure.

11. Les titulaires de sûretés réelles spéciales n'intégraient la masse que s'ils n'étaient pas remplis de leurs droits à travers la réalisation de leurs sûretés. De même, n'intégraient pas la masse les créanciers dont les droits étaient nés postérieurement au jugement d'ouverture et du chef du syndic. Il s'agissait de créanciers « de la masse », échappant à la procédure de vérification et d'admission des créances de même qu'à la suspension des poursuites individuelles. La loi de 1967 a néanmoins fait avancer l'idée de collectivisation en intégrant dans la masse le trésor, et en généralisant l'exigence de production au passif, tous les créanciers, privilégiés ou non, devaient s'y plier¹⁴.

12. Avec la loi du 25 janvier 1985, le caractère collectif de la procédure collective a été singulièrement renforcé. Tous les créanciers doivent se plier à la discipline collective et le gage commun est composé de l'ensemble des biens du débiteur, y compris ceux grevés de sûretés réelles spéciales. Ce renforcement du caractère collectif de la procédure est resté sans effet sur les créanciers propriétaires puisque le principe d'égalité n'a d'emprise que sur les créanciers entendant exercer leurs droits sur les biens constituant le gage commun.

12 L'article 35 de la loi du 13 juillet 1967 limitait la suspension des poursuites individuelles aux créanciers antérieurs non munis d'un privilège spécial, d'un nantissement ou d'une hypothèque.

13 Soulignant que le principe d'égalité a pour objectif d'assurer un égal accès au gage commun, v. Sénéchal M., *L'effet réel de la procédure collective : essai sur la saisie collective du gage commun des créanciers*, Litec, *Bibl. de droit de l'entreprise*, t. 59, préf. Monsérié-Bon M.-H., n° 418.

14 V. l'article 40 de la loi du 13 juillet 1967.

10 V. ainsi Carbonnier J., *Droit civil. Introduction*, 1^{re} éd., 1955, PUF, Thémis, p. 101, n° 29.

11 Ripert G., « Les principes juridiques », in *Les forces créatrices du droit*, 1955, LGDJ, n° 132.

13. Le renforcement du caractère collectif de la procédure a néanmoins conduit à percevoir le principe d'égalité des créanciers de façon différente¹⁵. Le principe tend parfois à être envisagé comme une égalité devant la loi, devant les sacrifices imposés par le législateur. C'est une égalité face aux règles impératives qui fondent la discipline collective, si bien que le principe d'égalité en vient parfois, peu ou prou, à être confondu avec le caractère collectif de la procédure.

14. Cela explique que soit parfois vécu comme une anomalie le fait que des créanciers, au motif qu'ils sont propriétaires, ont la possibilité d'agir quand d'autres se heurtent à des règles emblématiques comme l'arrêt des poursuites et des voies d'exécution ou l'interdiction de payer des créances antérieures. Mais il n'y a là en réalité aucune rupture avec le principe d'égalité des créanciers, ces créanciers propriétaires n'entendant pas agir sur des éléments constituant du gage commun. Si le cessionnaire de créances transférées par voie de bordereau *Dailly*, le crédit-bailleur, le vendeur titulaire d'une clause de réserve de propriété ou le créancier bénéficiaire d'une fiducie-sûreté s'affranchissent de bien des entraves nées de la procédure collective, cela ne constitue en rien une entorse au principe d'égalité. La discipline collective ne peut pas leur être appliquée lorsqu'ils entendent faire valoir leurs droits sur des biens ne relevant pas du gage commun.

15. Ils ne ressortent pas toujours indemnes de la procédure collective malgré tout. Hormis le cessionnaire de créances, ces créanciers doivent en principe revendiquer sauf à ce que leur droit ait fait l'objet d'une publicité. Et l'on sait ce que coûte l'absence de revendication dans les délais : le droit de propriété est inopposable à la procédure collective. Mais l'obligation de revendiquer ne relève pas de l'égalité des créanciers. Elle ne concerne que les propriétaires et, par définition, ne s'applique qu'à des biens ne relevant pas du gage commun.

16. Les créanciers propriétaires ne sont soumis au principe d'égalité que lorsque la garantie dont ils disposent ne leur a pas permis d'être remplis de leurs droits et, qu'ayant fait admettre leur créance au passif, ils entendent accéder au gage commun. Dans ce cadre, ils ne bénéficient d'aucune faveur comparativement au lot commun des créanciers. Ils doivent se plier aux sujétions inhérentes à la procédure collective et sont logiquement soumis à la loi du classement. Lorsqu'ils exercent leurs droits sur des biens situés hors du patrimoine du débiteur le principe d'égalité des créanciers ne trouve pas à s'appliquer, sauf de façon quelque peu

indirecte à travers la nécessité, en certaines circonstances, de reconstituer le gage commun.

B. Une inclusion indirecte à travers la reconstitution du gage commun

17. À l'égard des créanciers propriétaires le principe d'égalité est susceptible de refaire surface dès qu'il s'agit d'opérer une reconstitution du gage commun. Cette considération permet de comprendre la référence au principe d'égalité contenue dans l'arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 3 avril 2019. Dans cette affaire, déjà évoquée¹⁶, un gage-espèces avait été constitué postérieurement à l'ouverture de la procédure collective et le créancier entendait le mettre en œuvre alors qu'aucun nouveau crédit n'avait été octroyé au débiteur. C'est l'illégitimité de l'accès au gage commun qui a ici été remise en cause, une tentative de captation anormale. Le créancier entendait en effet accéder au gage commun alors qu'il n'y a rien apporté par ailleurs. Aussi a-t-on assisté à une reconstitution du gage commun comparable à celle que l'on peut voir à l'œuvre dans le cas des nullités de la période suspecte. C'est probablement ce qui explique la référence dans l'arrêt au principe d'égalité des créanciers.

18. Le fait qu'un créancier soit propriétaire ne doit jamais lui permettre d'accaparer indument une partie du gage commun. Dans un autre ordre d'idées, on peut évoquer la solution retenue par l'article 2371, alinéa 2 du Code civil au sujet de propriété réservée à titre de garantie. Selon ce texte, « La valeur du bien repris est imputée, à titre de paiement, sur le solde de la créance garantie ». L'exercice de l'action en revendication est supposé se traduire par un paiement si bien que, chaque fois que la valeur du bien est supérieure à la créance restant due, le créancier peut être tenu de restituer l'excédent. Là encore, il s'agit de préserver le gage commun.

19. Peut-on aller plus loin pour favoriser, dans certaines hypothèses, la reconstitution du gage commun ? Ainsi, l'article L. 626-30, alinéa 4, du Code de commerce évite au bénéficiaire d'une fiducie-sûreté de voir les décisions votées en comités de créanciers s'appliquer aux créances garanties par une fiducie-sûreté. Un premier réflexe pourrait conduire à trouver cela naturel dès lors que la garantie porte sur un bien exclu du gage commun. La solution peut en réalité être discutée. La protection du droit de propriété est une chose, le sort de la créance garantie en est une autre. En l'absence de cette disposition, on aurait pu imaginer que le bénéficiaire d'une fiducie-sûreté voyant sa créance réduite à la suite d'un vote en comités de

15 V. not. Frison-Roche M.-A., « Le caractère collectif des procédures collectives », *RJDA* 1996, p. 293 et s., soulignant notamment (n° 28) que le caractère collectif est vraisemblablement à l'origine une conséquence de l'égalité.

16 Cass. com., 3 avr. 2019, n° 18-11281, préc. supra n° 5.

créanciers puisse avoir à s'acquitter de la différence entre la valeur des biens transférés et le montant de sa créance après réduction. Comparativement, le créancier disposant d'une clause de réserve de propriété ne bénéficie pas d'une telle règle au sein du comité des fournisseurs. Une question de même nature pourrait se poser en présence d'une réduction de la créance garantie par une cession Dailly. Encore faudrait-il toutefois considérer, dans ces différentes hypothèses, que la créance garantie a alors fait l'objet d'un « paiement » au profit du créancier, paiement qui fonderait son obligation de restituer l'excédent éventuel.

20. C'est donc de façon indirecte, à travers la protection du gage commun, que les propriétaires peuvent être affectés par le principe d'égalité des créanciers. Hormis ces cas particuliers, ils restent peu soumis à la discipline collective. Si l'on juge cette situation anormale, ce n'est pas un renforcement du principe d'égalité qui permettra d'y remédier sauf à l'éloigner considérablement de ses bases. Est-ce à dire qu'il faut abandonner toute ambition de remise en ordre de la matière ? Il faut associer à la procédure l'ensemble des créanciers, peu important qu'ils soient propriétaires, titulaires de sûretés réelles traditionnelles ou chirographaires. Cela ne doit toutefois pas passer par un forçage du principe d'égalité des créanciers.

II. Des propriétaires associés à l'effort collectif

21. Faire participer les créanciers propriétaires à l'effort de redressement de l'entreprise suppose d'en finir avec une approche trop dogmatique des garanties, au profit d'une démarche plus pragmatique fondée sur l'utilité du bien grevé pour l'activité, et cela quelle que soit la nature exacte de la garantie constituée.

A. Se libérer de la dogmatique

22. Lorsque l'on envisage la situation des sûretés réelles au regard du droit des entreprises en difficulté, la distinction du droit de propriété et des droits réels accessoires de garantie paraît tracer une ligne de démarcation infranchissable. Il convient toutefois de garder à l'esprit que, d'un strict point de vue fonctionnel, toutes ces garanties poursuivent le même objectif, quelle que soit la technique juridique employée.

23. La technique juridique est éminemment noble, et il convient de ne pas totalement nier les différences de régime juridique. Mais les créanciers désirent tous être placés dans une situation d'exclusivité et cela quelle que soit la garantie souscrite. L'exclusivité n'est d'ailleurs plus l'apanage des seules propriétés-sûretés, il suffit de penser à l'élargissement du domaine du droit de rétention. Et pour redorer le blason des sûretés

réelles traditionnelles l'association Capitant propose de généraliser l'attribution judiciaire en liquidation et d'admettre que le pacte commissaire puisse y être librement mis en œuvre¹⁷.

24. À l'opposé, de façon cohérente d'un point de vue scientifique, des auteurs ont pu dénier à la clause de réserve de propriété la qualification de sûreté, faute de permettre une véritable extinction de la créance par exécution¹⁸. Mais la Cour de cassation¹⁹ puis le législateur à l'occasion de l'ordonnance du 23 mars 2006 ont pris un parti opposé, s'affranchissant des considérations techniques.

25. Quand les techniques de nature à mettre un créancier en position d'exclusivité se seront généralisées de façon désordonnée, il faudra dénouer d'épineux conflits et certaines garanties que l'on pensait toutes puissantes en ressortiront nécessairement fragilisées. À titre d'exemple, et sans pouvoir hélas les développer plus amplement, on peut songer au conflit opposant un gagiste bénéficiaire d'un droit de rétention au vendeur titulaire d'une clause de réserve de propriété, ou encore au conflit susceptible d'opposer ce même vendeur au cessionnaire d'une créance par voie de bordereau Dailly ou à un *factor*. Ce conflit survient lorsque ces protagonistes entendent tous deux faire valoir leurs droits sur une créance de prix de revente.

26. Lorsque l'on s'interroge sur le rayonnement de la discipline collective, on observe que, malgré les différences techniques, le problème est sensiblement du même ordre que l'on soit face à un créancier rétenteur ou à un créancier bénéficiaire d'une fiducie ou d'une clause de réserve de propriété. Dès 1984, Mouly avait perçu les limites d'une approche trop technique et restrictive²⁰. Et quand des auteurs contemporains proposent de s'inspirer des droits étrangers pour mettre en place une sûreté réelle unique²¹, c'est toujours de cela dont il est question : mettre fin à une certaine « balkanisation » du droit des sûretés. Alors que le droit des sûretés et le droit des entreprises en difficulté s'apprennent tous deux à être réformés, l'éventuelle qualité de propriétaire du créancier ne doit pas épuiser les termes du débat. L'essentiel est de déterminer si le

17 V. l'article L. 643-1, alinéa 3, de l'avant-projet de réforme élaboré sous l'égide de l'association Henri Capitant.

18 Pérochon F., *La réserve de propriété dans la vente de meubles corporels*, 1988, Litec, p. 41 et s., n° 38 et s. ; Crocq P., *Propriété et garantie*, 1995, LGDJ, n° 294. Contra, Cass. com., 5 mars 1996, n° 93-12818 et, à la suite de l'ordonnance du 23 mars 2006, l'article 2371, alinéa 2 du Code civil.

19 Cass. com., 9 mai 1995, n° 92-20811.

20 Mouly C., « Procédures collectives : assainir le régime des sûretés », in *Études dédiées à René Roblot, Aspects actuels du droit commercial français*, 1984, LGDJ, p. 529 et s., spéc. n° 28.

21 Sur ce débat, v. par ex. Martial-Braz N., « L'existence de modèles alternatifs, L'approche unitaire des sûretés mobilières, solution pour le droit français ? », in *L'attractivité du droit français des sûretés réelles*, 2016, Lextenso, p. 35 et s.

bien sur lequel porte la sûreté est nécessaire ou non à l'activité du débiteur.

B. Ériger en critère l'utilité du bien pour l'activité

27. Si les créanciers propriétaires échappent largement à l'emprise du principe d'égalité il est malgré tout possible de les associer de façon plus importante à l'effort exigé de la collectivité des créanciers. Il convient pour cela d'envisager distinctement le sort du créancier titulaire de sûreté selon que le bien grevé est utile ou non à l'activité du débiteur²². Concrètement, trois catégories de biens devraient être distinguées.

28. La première catégorie serait composée des biens, corporels ou incorporels, non utiles à l'exploitation. Dans un tel cas de figure, il ne doit pas y avoir d'obstacle à ce que le créancier mette en œuvre sa garantie lorsque celle-ci le place dans une situation d'exclusivité, et notamment lorsqu'il se présente en propriétaire face à la procédure collective. Ce paiement ne serait toutefois pas nécessairement intégral.

29. La seconde catégorie serait composée, tout au contraire, des actifs nécessaires à l'activité de l'entreprise. On doit pouvoir admettre que des sacrifices particuliers soient, dans ce contexte, imposés aux créanciers. On pourrait notamment envisager de maintenir l'obligation de revendiquer dans un certain délai, tout en différant la reprise du bien à l'issue de la période d'observation ou au prononcé de la liquidation. La solution ne serait guère éloignée de celle consistant, à travers la continuation de contrats en cours comme le

crédit-bail ou une convention de mise à disposition, à laisser le débiteur jouir d'un actif nécessaire à l'exploitation. En cas d'adoption d'un plan, on pourrait prévoir un paiement immédiat du revendiquant, sauf à ce qu'il consente des délais, ou une restitution du bien.

30. La troisième et dernière catégorie correspondrait aux actifs financiers, et notamment aux créances dont le débiteur est titulaire. La réalisation des garanties portant sur ces actifs très spécifiques s'exerce de façon aisée pour le créancier. Peu importe que l'on soit en procédure de sauvegarde, en redressement ou en liquidation judiciaires, le créancier peut mettre en œuvre sa sûreté, qu'il s'agisse d'une cession Dailly, d'un nantissement de créance et, prochainement, d'une cession de créance de droit commun à titre de garantie. Les créanciers titulaires de ces sûretés, propriétaires ou non, échappent très largement à la discipline collective.

31. Ces créanciers vont pouvoir facilement appréhender des sommes utiles au redressement de l'entreprise. Toutefois, une proposition trop radicale pècherait par manque de réalisme tant la mobilisation du poste client est utile sur le terrain du financement. Mais est-il absolument inenvisageable d'imposer à ces créanciers la consignation d'un pourcentage, réduit, afin de les associer à la procédure collective et à l'effort commun ?

32. Si le principe d'égalité ne s'en trouverait pas véritablement modifié quant à son domaine d'intervention, le caractère collectif de la procédure en sortirait renforcé.

22 Nous avons déjà eu l'occasion de formuler ces propositions de façon plus détaillée in Borge N. et Pérochon F., « La réalisation des garanties réelles : en restructuration ou en liquidation ? Dans ou hors la procédure ? », *Rev. proc. coll.* 2018, n° 4, dossier 20, spéc. n°s 12 à 20.

La propriété, source de préférence : le principe d'égalité contourné ? Le sort des propriétaires de sommes d'argent ^{117j4}

Thomas LE GUEUT

Professeur à l'université Paris 13

La Cour de cassation refuse qu'une action en revendication puisse porter sur des sommes d'argent, faisant ainsi jouer à plein le principe d'égalité des créanciers face à l'interdiction du paiement des créances antérieures et assimilées. Pourtant, il est des situations dans lesquelles la voie de la revendication devrait être ouverte à certains créanciers à raison de leur qualité de propriétaire des sommes d'argent détenues à titre précaire par le débiteur en procédure. Le principe d'égalité des créanciers ne s'en trouverait pas pour autant violé : il serait légitimement contourné.

A l'ouverture d'une procédure, le principe d'égalité des créanciers joue à plein en ce qui concerne l'interdiction des paiements fulminée à l'article L. 622-7 du Code de commerce : tous les créanciers sont soumis à cette interdiction, sauf bien entendu ceux qui sont autorisés par la loi ou la jurisprudence à s'y soustraire.

Pour contourner ce principe d'égalité des créanciers, dès lors qu'ils ne pouvaient se recommander d'aucune exception que ce soit, certains ont tenté d'emprunter la voie de la revendication des articles L. 624-9 et suivants du Code de commerce en se présentant comme les propriétaires de sommes d'argent détenues à titre précaire, par le débiteur placé en procédure. Illustrons le propos en prenant l'exemple significatif en la matière, d'une agence de voyage qui vend des billets d'avion pour le compte de compagnies aériennes comme Air France.

Les clients payent Air France en versant des sommes entre les mains de l'agence de voyage (mandataire) qui est à ce titre investie d'un mandat d'encaissement au nom et pour le compte d'Air France (mandant). En conséquence de quoi l'agence est tenue d'une obligation de restitution à l'égard de son mandant. Mais voici qu'une procédure collective est ouverte à l'encontre de l'agence et qu'Air France réclame sa part des sommes que l'agence a encaissées pour elle et que celle-ci ne lui a pas encore restituées.

Dans cette situation dès lors, de deux choses l'une. Soit Air France se présente en tant que créancier du débiteur en procédure et doit alors déclarer sa créance comme tout créancier antérieur. Soit Air France se présente en tant que propriétaire revendiquant des sommes encore détenues par l'agence afin de se faire restituer ces sommes.

Sur ce point, le droit positif est désormais nettement fixé. Un arrêt de la chambre commerciale du 22 mai 2013 énonce très clairement qu'une « demande de restitution de fonds ne peut être formée par voie de revendication, la seule voie ouverte au créancier d'une somme d'argent étant de déclarer sa créance à la procédure collective de son débiteur ». La voie de la

revendication des sommes d'argent est donc barrée¹ : sauf à bénéficier d'une exception, celui qui réclame une somme d'argent se trouvant entre les mains du débiteur, n'est jamais qu'un créancier qui, à ce titre, doit déclarer sa créance.

Une large part de la doctrine approuve d'ailleurs volontiers cette solution, faisant valoir dans l'ensemble qu'une pseudo demande en revendication de monnaie ne serait jamais qu'une demande en paiement déguisée en vue d'opportunément court-circuiter la procédure au mépris du principe d'égalité des créanciers et qu'admettre une telle forme de revendication brouillerait inutilement la distinction des droits réels et personnels.

Mais il est tout de même quelques productions doctrinales alternatives qui proposent de conférer au mandant une action en distraction *sui generis* lui permettant de soustraire à la faillite du mandataire, les sommes qui lui ont été spécialement affectées via l'utilisation d'un compte dédié ; de reconnaître au mandant une action en revendication portant, non pas sur les sommes elles-mêmes, mais sur la créance de solde du compte à affectation spéciale auquel elles auraient été virées ; d'ouvrir une action directe en paiement contre le banquier du mandataire, à condition que les sommes soient bloquées et spécialement affectées au profit du mandant ; ou encore de tirer toutes les conséquences de la distinction entre propriétaire et créancier de sommes d'argent pour admettre tout simplement la revendication des sommes d'argent détenues à titre précaire par le débiteur en procédure.

Pour notre part, c'est dans le prolongement de cette dernière proposition doctrinale, que l'on doit notamment au professeur Didier R. Martin, que nous allons nous inscrire aujourd'hui en plaidant, à notre manière, en faveur de la reconnaissance d'une authentique revendication des sommes d'argent, du moins dans la situation envisagée jusqu'à présent.

¹ Par le passé, la Cour de cassation avait pourtant laissé implicitement entendre qu'une revendication de sommes d'argent serait possible à la condition que le mandataire les ait tenues séparées de ses propres fonds en les portant au crédit d'un compte spécial.

1. Pour commencer, disons quelques mots de la propriété des sommes d'argent.

Pour que la revendication des sommes d'argent soit possible, encore faut-il effectivement que la monnaie soit bel et bien un objet de propriété. Or cette question est délicate, tant elle est abordée de manière paradoxale en jurisprudence et en doctrine.

En droit privé en effet, on fait souvent référence au transfert de propriété de la monnaie. C'est ainsi que l'on enseigne que la monnaie est une chose consommable juridiquement, c'est-à-dire que l'on ne peut en faire usage sans en transférer la propriété ; que l'obligation monétaire, ou obligation de somme d'argent, est définie comme l'obligation de transférer la propriété d'une certaine somme d'argent et qu'il s'agit en conséquence d'une obligation de donner... de la monnaie ; que la fongibilité entre elles des unités monétaires expliquerait qu'un transfert de monnaie soit nécessairement translatif de propriété dès lors que les sommes transférées sont mélangées à celles que détenait déjà celui qui les reçoit ; ou encore, au titre des sûretés sur l'argent, que la propriété d'une somme d'argent peut être transférée au créancier à titre de garantie.

En somme, tout indique de ce premier point de vue que l'idée même d'une propriété de la monnaie est chose acquise pour les juristes.

Pourtant, lorsqu'elle est envisagée à l'état statique, la propriété de la monnaie paraît tout de suite moins évidente. Non seulement, il y a ceux qui, comme Grua, pensent que la monnaie n'est pas un objet de propriété ou ceux qui, comme Carbonnier, considèrent que la monnaie constitue un objet particulier de propriété. Mais surtout, l'immense majorité des juristes cantonnent la propriété de la monnaie à celle de la monnaie fiduciaire. Autrement dit, seule la monnaie fiduciaire serait objet de propriété eu égard aux supports corporels (pièces et billets) qui en font la spécificité. De sorte que la monnaie scripturale ne serait pas un objet de propriété, du moins pour les titulaires de compte en banque, parce que seuls les banquiers seraient propriétaires des sommes inscrites en compte.

Cette position, ultra-majoritaire en doctrine et en jurisprudence, est fondée sur l'analyse relativement ancienne du dépôt de monnaie en banque. Les clients remettent des sommes à leurs banquiers qui en deviennent propriétaires, ce qui permet ensuite aux banquiers de prêter tout ou partie de ces sommes à leurs clients. Autrement dit, c'est parce que le banquier effectue ses opérations de banque en compte propre et que la monnaie est une chose consommable juridiquement, que le banquier doit absolument être reconnu propriétaire des sommes pour exercer son métier ou doit à tout le moins, être investi de la prérogative de propriétaire qui lui permet d'en dis-

poser. Aujourd'hui, c'est ainsi que l'article L. 312-2 du Code monétaire et financier permet au banquier de disposer des sommes qu'il reçoit de ses clients et qu'il est tenu de leur restituer. Et c'est ce qui explique que les juristes considèrent que les clients titulaires de comptes ne sont jamais que les créanciers, vis-à-vis de leurs banquiers, de la restitution des sommes inscrites en compte. Au fond, la monnaie scripturale ne serait pas même de la monnaie, mais seulement une créance de monnaie fiduciaire qui jouerait un rôle monétaire, de sorte que l'idée même d'une propriété de la monnaie scripturale n'aurait pas lieu d'être et que, partant, la question de la revendication d'une somme de monnaie scripturale ne devrait donc pas même être posée.

Cela étant, en marge de cette analyse ultra-majoritaire de la monnaie scripturale, une poignée d'auteurs défendent au contraire que la monnaie scripturale est de la véritable monnaie et qu'elle est un objet de propriété, de sorte que les titulaires de comptes doivent être considérés comme les propriétaires de leurs « avoirs » bancaires, ce qui oblige en vérité à considérer que la monnaie scripturale est même l'objet d'une double propriété : celle des banquiers et celles des clients.

Telle est donc la conception que, pour notre part, nous soutenons, sachant que la monnaie scripturale est certainement le seul bien qui peut ainsi faire l'objet d'un tel double droit de propriété, chose parfaitement inconcevable en matière de biens corporels évidemment. En effet, le système de la monnaie scripturale repose tout entier sur un jeu d'illusions qui consiste à tout faire pour que les clients croient que leurs fonds stagnent au sein de leur compte, alors même que leur banquier en dispose plusieurs fois par jour pour accorder des prêts à leur clientèle. De sorte que la monnaie scripturale existe en réalité dans deux dimensions, ce qui permet de concevoir sa double appropriation. De sorte que dans cette vue des choses cette fois, la monnaie scripturale devient donc susceptible de revendication par et entre des titulaires de comptes.

En tout état de cause, tout ce qui précède montre ainsi qu'en toute logique, jurisprudence et doctrine ne devraient pas prendre position sur le terrain de la revendication des sommes d'argent sans prendre préalablement position en amont sur le terrain de la propriété de la monnaie et, en particulier de la monnaie scripturale.

Et cette précaution de méthode étant rappelée, nous pouvons désormais continuer notre chemin en admettant par hypothèse l'idée que nous sommes vous et moi propriétaires de nos avoirs bancaires.

2. Ce qui nous conduit à mieux cerner désormais qui sont les propriétaires de sommes d'argent que nous considérons éligibles à la revendication.

Les compagnies aériennes, dans notre exemple, sont les mandants du débiteur au titre du mandat d'encaissement qui les lient, ce qui explique qu'ils sont propriétaires des sommes réglées par leurs clients, alors même que ces sommes se trouvent encore entre les mains de leur mandataire-débiteur placé en procédure collective. En effet, les contrats sont conclus entre Air France et ses clients via l'agence de voyage mandatée à cette fin par Air France. Une obligation monétaire pèse donc sur la tête des clients d'Air France, qui doivent effectivement payer Air France.

Or une obligation monétaire est traditionnellement définie comme celle de transférer la propriété d'une somme de monnaie ; il s'agit ainsi d'une obligation de donner... de la monnaie. Les débiteurs d'obligations monétaires doivent donc, pour les exécuter, transférer la propriété d'une somme d'argent à leur créancier. *Comment transfère-t-on la propriété d'une somme de monnaie au titre de l'exécution d'une obligation monétaire ?* Réponse : en transférant la monnaie elle-même car, même si l'on est généralement discret en doctrine sur le sujet, c'est encore l'ancienne règle de la *traditio* qui joue en matière monétaire. Pour transférer la propriété de la monnaie, il faut transférer la monnaie elle-même. Si bien que la propriété de la monnaie suit généralement sa détention. Si bien qu'il est rare que propriété et détention de monnaie soient dissociées l'une de l'autre.

Toutefois, il est tout de même une situation dans laquelle propriété et détention de la monnaie se trouvent dissociées : celle dans laquelle le débiteur d'une obligation monétaire va, en application de l'article 1342-2 du Code civil (anciennement 1239), faire son paiement, non pas au créancier Air France, mais à la personne désignée par Air France, à savoir l'agence de voyage qui n'agit pas en son propre nom et pour son propre compte, mais bien au nom et pour le compte d'Air France.

Voilà pourquoi le mandataire (l'agence) ne devient jamais propriétaire des sommes qu'il encaisse de la part des clients du mandant. Et voilà comment la propriété des sommes réglées par les clients est donc acquise par les mandants, alors mêmes que ces sommes sont encore détenues, à titre précaire donc, par le mandataire.

Cela étant, si les choses paraissent simples en droit des obligations, le droit des biens vient peu ou prou les complexifier. En effet, les unités monétaires sont des choses fongibles et dans la conception classique du droit de propriété, la remise de choses fongibles est nécessairement translatrice de propriété, sauf si les choses remises demeurent individualisées entre les mains de celui qui les reçoit, à savoir si celui-ci les

tient séparées des choses pareilles qu'il a déjà en sa possession.

Pour que l'agence de voyage ne soit que détenteur précaire des sommes reçues des clients, il faudrait donc que celle-ci les tienne séparées de ses propres deniers, ce qu'elle peut très facilement faire en tenant une comptabilité à rubriques, c'est-à-dire en ouvrant autant de comptes ou sous-comptes qu'elle a de mandataires.

Mais cette conception de la propriété des choses fongibles est quelque peu dépassée depuis que l'on reconnaît un « droit de propriété flottant » sur choses fongibles, autrement dit depuis que l'on conçoit qu'Air France par exemple, puisse être propriétaire de choses fongibles détenues à titre précaire par l'agence de voyage, sans même que ces choses demeurent individualisées. En effet, la réforme de 1994 a consacré la véritable revendication des choses fongibles à l'alinéa 3 de l'article L. 624-16 du Code de commerce, ce qui signifie nécessairement que la propriété des choses fongibles n'est plus absolument subordonnée à leur individualisation.

Ainsi le droit des contrats et le droit des biens convergent-ils vers le constat que les mandants comme Air France sont les authentiques propriétaires des sommes détenues à titre précaire par leur mandataire.

Mais ce n'est pas tout. Ces propriétaires sont néanmoins créanciers vis-à-vis de leur mandataire : créanciers de la restitution desdites sommes. Ils sont aussi créanciers vis-à-vis du débiteur placé en procédure collective au titre d'une obligation de restitution qui n'est jamais qu'une obligation de faire, c'est-à-dire une obligation de transférer, non pas la propriété de sommes de monnaie, mais les sommes de monnaie elles-mêmes. En effet, puisque les mandants sont déjà propriétaires des sommes encaissées par leur mandataire, ils n'ont pas à en réclamer la propriété : ils ont seulement à réclamer les sommes elles-mêmes.

La chose est d'ailleurs bien connue : le propriétaire d'un bien corporel détenu à titre précaire par un tiers dispose par hypothèse contre ce tiers d'une créance de restitution qui lui permettra tôt ou tard d'être remis en possession de son bien. Cette obligation de restitution qui profite au propriétaire du bien est donc un pur droit personnel – *un droit à un bien* – qui garantit l'effectivité de son droit réel – *de son droit sur le bien*. Voilà donc comment droits personnels et réels sont articulés en cas de dissociation de la propriété de la détention précaire des biens.

Le schéma est donc bien connu s'agissant des biens corporels. Mais, comme souvent, il l'est beaucoup moins en matière monétaire. En effet, on méconnaît généra-

lement le fait que les obligations monétaires, c'est-à-dire les obligations qui portent sur de la monnaie, ne sont pas exclusivement des obligations de transférer la propriété d'une somme de monnaie. Il est effectivement des obligations qui portent sur de la monnaie en étant seulement des obligations de transférer, de remettre, de verser, de livrer de la monnaie à celui qui en est déjà propriétaire. Autrement dit, on peut donc opposer, parmi les obligations monétaires les obligations de donner de la monnaie, qui obligent le débiteur à transférer la propriété d'une somme en remettant la somme elle-même, aux obligations de livrer de la monnaie qui, quant à elles, obligent le débiteur à verser la somme elle-même, somme dont la propriété a déjà été acquise par son créancier.

En somme, dans notre exemple, les mandants devraient donc être considérés à la fois comme les propriétaires des sommes détenues à titre précaire par leur mandataire, sans qu'il importe que celles-ci soient ou non individualisées et comme des créanciers au titre, non pas d'une obligation de donner de la monnaie, mais d'une obligation de livrer... de la monnaie.

3. Le terrain étant désormais préparé, il ne reste plus qu'à conclure en plaçant en faveur de l'admission de **la revendication des sommes de monnaie scripturale** par ces mandants propriétaires créanciers.

L'action en revendication permet au propriétaire de faire établir son droit de propriété sur le bien détenu à titre précaire par le débiteur en procédure pour en obtenir ensuite la restitution. Voici donc les deux temps du processus dont, pour notre part, nous souhaiterions qu'il débouche sur la restitution aux mandants des sommes détenues à titre précaire par leur mandataire.

Le premier acte est consacré à la revendication des sommes à proprement parler. À ce stade, tout est simple dès lors que l'on admet que les mandants sont les propriétaires des sommes détenues par leur mandataire. Soit les sommes en cause sont individualisées entre les mains du débiteur en procédure, auquel cas celles-ci seront revendiquées en nature sur le fondement de l'alinéa 1^{er} de l'article L. 624-16 (en tant que corps certains). Soit les sommes en cause ne sont pas individualisées entre les mains du débiteur en procédure, auquel cas celles-ci seront revendiquées en nature (en tant que choses fongibles) sur le fondement cette fois, de l'alinéa 3 de ce texte.

Dans les deux cas, la revendication permet ainsi d'établir que les sommes encaissées par le mandataire ne sont pas entrées dans son patrimoine dans la mesure où elles sont directement passées du patrimoine des clients à celui du mandant. Aussi est-ce cette première étape qui produit un effet de soustraction des sommes à l'emprise de la procédure collective, ce qui devrait

donc corrélativement permettre au revendiquant de se les faire restituer.

Le second acte du processus devrait dès lors aboutir à la restitution des fonds aux mandants. Pour s'en convaincre, il faut identifier le champ d'application de l'article L. 622-7 du Code de commerce. Certes, l'interdiction des paiements concerne toutes les créances antérieures et postérieures non privilégiées, mais il faut ajouter qu'il doit s'agir de créances de sommes d'argent : l'interdiction des paiements de l'article L. 622-7 ne frappe que les obligations monétaires, à l'exclusion des obligations en nature que le débiteur en procédure n'est donc pas interdit d'exécuter et qu'il est même de son devoir d'exécuter.

Or, parmi les obligations monétaires, qui ont donc toutes en commun de porter sur des sommes d'argent, il faut faire le départ entre les obligations de donner de la monnaie, qui sont évidemment dans le champ de l'article L. 622-7 et dont le paiement est donc interdit par principe, et les obligations de livrer de la monnaie, qui sont des obligations de faire demeurant hors du champ de l'article L. 622-7 et qui, de ce fait, ne sont pas interdites de paiement.

En conséquence, si nos propriétaires mandants sont également créanciers, il n'empêche que leur créance reste hors du champ de l'interdiction des paiements, ce qui explique qu'ils n'ont pas à déclarer leur créance puisque le débiteur doit s'exécuter à leur égard. Voilà donc pourquoi nos mandants, qui ne sont pas des créanciers comme les autres, peuvent être payés sans que cela porte atteinte au principe d'égalité des créanciers face à l'interdiction des paiements des créances antérieures (et assimilées). Leur demande en revendication n'est donc pas une demande en paiement qui serait déguisée afin d'échapper à l'interdiction des paiements : elle est une demande en paiement parfaitement autorisée dès lors que rien ne l'interdit.

4. En conclusion, la propriété des sommes d'argent devrait être consacrée en tant que source de préférence, c'est-à-dire que les propriétaires de sommes d'argent devraient être admis à revendiquer des sommes de monnaie scripturale détenues à titre précaire par leur mandataire placé en procédure. En d'autres termes, on devrait reconnaître que ces propriétaires de sommes d'argent peuvent légitimement contourner le principe d'égalité des créanciers, sans donc le violer. Voici donc le sort que nous aimerions voir réservé aux propriétaires de sommes d'argent dans la situation étudiée, contrairement à ce que juge aujourd'hui la Cour de cassation.

D'ailleurs, au-delà du fait que cela ne serait que justice du point de vue de la logique juridique, il ne serait sûrement pas non plus choquant du point de vue du bon sens de voir ainsi ces mandants être payés alors

que les autres créanciers devraient se contenter de déclarer leur créance. En effet, la différence de taille tout de même observable entre les uns et les autres tient à ce que les débiteurs des mandants, à savoir les clients d'Air France, ont déjà payé Air France avant l'ouverture de la procédure à l'encontre de l'agence, alors que l'agence de voyage placée en procédure, elle, n'a pas déjà payé ses créanciers au jour du jugement d'ouverture. De sorte qu'il n'y aurait absolument rien de choquant dans le fait de laisser d'un côté les mandants profiter concrètement des paiements déjà effectués à leur profit par des tiers à la procédure tout en

enjoignant de l'autre côté aux créanciers impayés de déclarer leur créance.

Sachant pour finir l'on peut d'ores et déjà rassurer les férus de droit bancaire : quand bien même l'on admettrait que les titulaires de comptes en banque sont propriétaires de leurs avoirs bancaires, ceux-ci ne devraient pas pour autant être autorisés à les revendiquer en cas de défaillance de leur banque. En effet, admettre la revendication des dépôts bancaires constituerait certainement une erreur, tant sur le terrain de la technique juridique, que sur celui de la politique juridique... mais cela est un autre sujet.

Le soutien bancaire du débiteur : privilège et principe de non-responsabilité ^{117/5}

Francine MACORIG-VENIER

Professeur à l'université Toulouse 1 Capitole

Centre de droit des affaires (EA 780)

Parmi les aménagements au principe d'égalité reposant sur le souci de protéger les débiteurs en difficulté, ont été institués des privilèges en faveur de ceux qui apportent leur soutien au débiteur en difficulté et institué un principe de non-responsabilité. Ces règles bénéficient plus particulièrement aux banquiers.

Le soutien bancaire du débiteur en difficulté est à l'évidence crucial – on n'imagine pas en pratique qu'il soit possible de s'en passer pour permettre la poursuite de l'activité et le redressement de l'entreprise en proie à des difficultés ou encore sa cession. Indispensable, ce soutien est également risqué pour le banquier, s'exposant à la fois au non-paiement et au risque de voir engager sa responsabilité pour soutien abusif. Ainsi le législateur n'a eu de cesse d'inciter les partenaires financiers à soutenir l'entreprise en difficulté : en les récompensant par l'octroi de privilèges, puis plus récemment en les faisant échapper en principe à la responsabilité pour soutien abusif. L'actualité révèle qu'il entend de nouveau utiliser la première arme sans écorner le principe de non-responsabilité. Ces questions, qui apparaissent étroitement liées, concourent à auréoler le banquier d'un traitement de faveur et, partant, à le placer sinon en dehors de l'orbite du principe d'égalité, du moins à souligner les aménagements que ce principe d'égalité connaît dans un souci de protection du débiteur.

Si le principe, présent en droit commun, paraît hypertrophié en droit des procédures collectives, au point d'avoir été érigé en dogme, les meilleurs auteurs ont contribué à le démystifier. Michel Cabrillac avait écarté la qualification de principe au profit de simple règle, dont il soulignait avec brio qu'elle était relative et connaissait – déjà – peu d'applications véritables¹. La règle de l'égalité n'a jamais été absolue. Même avant 1985 elle connaissait des « aménagements ». La loi de 1985 a semblé dilater la règle de l'égalité. Toutefois, elle a œuvré en faveur de la protection du débiteur et renforcé ces aménagements par l'institution du « privilège de l'article 40 ». Le mouvement s'est amplifié ensuite. À cet égard, la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 constitue assurément le texte le plus important. A été à la fois institué un nouveau privilège pour récompenser le soutien (notamment bancaire) apporté en phase amiable et énoncé un principe d'irresponsabilité pour les concours consentis à un débiteur placé (ensuite) en procédure judiciaire. Le Conseil constitutionnel saisi des dispositions fondant le privilège et le principe de non-responsabilité a écarté le grief d'inconstitutionnalité.

Dans le premier cas, une atteinte au principe d'égalité au détriment des créanciers publics privés du bénéfice du privilège en cas de remise, était invoquée². Le Conseil constitutionnel rappela que « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit » et ajouta : « le législateur a institué le privilège contesté afin d'inciter les créanciers d'une entreprise en difficulté, quel que soit leur statut, à lui apporter les concours nécessaires à la pérennité de son activité ; qu'au regard de cet objectif, ceux qui prennent le risque de consentir de nouveaux concours, sous forme d'apports en trésorerie ou de fourniture de biens ou services, se trouvent dans une situation différente de celle des créanciers qui se bornent à accorder une remise de dettes antérieurement constituées ; qu'ainsi, le législateur n'a pas méconnu le principe d'égalité ».

S'agissant du principe de non-responsabilité, qui avait suscité bien plus de critiques, le Conseil constitutionnel l'a estimé conforme à la Constitution à la fois parce que la responsabilité des prêteurs n'était pas totalement supprimée mais simplement « aménagée » et en raison de l'objectif poursuivi : « lever un obstacle à l'octroi des apports financiers nécessaires à la pérennité des entreprises »³. Il restait néanmoins à savoir comment seraient comprises les dispositions légales assez floues. La jurisprudence leur a donné une ampleur considérable. Ce principe de non-responsabilité contribue indirectement mais certainement au régime de faveur du soutien bancaire ou plus largement financier.

Est-ce à dire que les établissements bancaires jouissent d'une faveur particulière ? On en a le sentiment en raison de l'importance du soutien bancaire en pratique.

2 Lorsque l'article 40 de la loi de 1985 avait été soumis au Conseil constitutionnel, c'est le principe de non-rétroactivité des lois qui avait été invoqué, les droits réels d'hypothèque et de gage consentis avant la loi se trouvant anéantis par celle-ci. Le Conseil constitutionnel estima que l'article 40 n'aboutissait pas à leur suppression, mais à leur simple diminution (Cons. const., 18 janv. 1985 : JO 20 janv. 1985).

3 Cons. Const., 22 juill. 2005, n° 2005-522 : JO 27 juill. 2005, p. 1222 : Reygrobelle A., « Brefs propos sur la décision du Conseil constitutionnel rejetant les recours contre la loi de sauvegarde », LPA 17 févr. 2006, p. 58 ; Routier R., « De l'irresponsabilité du prêteur dans le projet de loi de sauvegarde des entreprises », D. 2005, Chron., p. 1478.

1 Cabrillac M., « Les ambiguïtés de l'égalité entre les créanciers », in *Mélanges Breton-Derrida*, 1991, Dalloz, p. 31.

Toutefois (et le Conseil le relève bien) tous ceux qui concourent à la protection du débiteur, en bénéficient. C'est en réalité tout soutien apporté aux entreprises en difficulté qui fonde le privilège et permet d'échapper à la responsabilité.

Ces réserves apportées, il convient de faire état de la multiplication des privilèges, sources de préférence *stricto sensu* dont bénéficie le banquier (I) et de l'immunité renforcée dans l'octroi de concours dont il jouit, ce qui lui confère une situation privilégiée au sens large du terme (II).

I. La multiplication des privilèges au profit au banquier soutenant l'entreprise en difficulté

L'institution d'un privilège traduit la relativité de la règle d'égalité ainsi que l'observait Michel Cabrillac : « l'existence de sûretés légales est le signe indubitable de la supériorité morale du classement établi d'après la qualité de la créance sur l'égalité »⁴. Or, il existe plusieurs privilèges dont peut se prévaloir le banquier apportant son soutien à une entreprise en difficulté. Cette multiplication des privilèges, si elle peut faire impression, soulève la question du traitement des créances ainsi garanties.

A. Les différents privilèges bénéficiant au banquier

Le privilège le plus ancien bénéficie aux créanciers apportant leur soutien au débiteur pendant le déroulement des procédures judiciaires. Un autre privilège récompense le soutien octroyé dans le cadre d'une procédure amiable. Un nouveau privilège, spécifique cette fois au soutien bancaire consenti au débiteur en phase d'exécution d'un plan va être institué.

1. Privilège pour soutien bancaire pendant la procédure judiciaire

Fondé depuis 2005 sur deux dispositions distinctes, les articles L. 622-17 et L. 641-13 du Code de commerce le privilège de la procédure est destiné en principe avant tout à favoriser le sauvetage de l'entreprise en assurant le financement de la poursuite de l'activité et/ou à permettre le bon fonctionnement de la procédure et la conservation et la réalisation des actifs⁵. La qualification de privilège, précédemment écartée par la Cour de cassation, mais retenue par la doctrine a été consacrée par la loi en 2005.

⁴ Il ajoute à propos des sûretés légales (autres) qu'elles témoignent « d'une religion du privilège peu conciliable avec l'existence d'un principe d'égalité qui s'étendrait à tous les créanciers ».

⁵ Voir à permettre la subsistance du débiteur personne physique en liquidation judiciaire même après la cessation de toute activité.

Le soutien bancaire en procédure judiciaire, soutien forcé (résultant de la continuation forcée des contrats en cours) ou « spontané » (issu de nouveaux concours bancaires) est à l'évidence garanti par le privilège de la procédure fondé sur l'une ou l'autre de ces dispositions dès lors qu'il est consenti après le jugement d'ouverture dans le respect des règles de pouvoirs. De telles créances naissent pour les besoins du déroulement de la procédure, de la période d'observation ou du maintien de l'activité.

2. Privilèges pour soutien bancaire en amont et en aval d'une procédure judiciaire

a. En cas de soutien « en aval » dans le cadre d'une procédure amiable

Depuis bientôt 15 ans a été institué un nouveau privilège, fondé sur l'article L. 611-11 du Code de commerce, destiné à encourager le soutien financier octroyé au terme ou, depuis 2014, au cours d'une procédure de conciliation terminée par un accord homologué. Tandis que le privilège de la procédure prolongeait la jurisprudence des dettes de masse, accentuant la distinction entre créanciers antérieurs et postérieurs (rompant en cela avec l'égalité de traitement de tous les créanciers qu'implique l'article 2285 du Code civil), le privilège de l'article L. 611-11 apporte un aménagement à la règle de l'égalité au sein des créanciers antérieurs, récompensant les créanciers d'une entreprise en difficulté apportant « les concours nécessaires à la pérennité » de l'activité de l'entreprise. Ce privilège est dénommé, de manière évocatrice, privilège de la « *new money* ». La loi vise en premier lieu « un nouvel apport en trésorerie au débiteur en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité » avant la fourniture « d'un nouveau bien ou service ». La loi se référant de manière neutre à tout nouvel apport en trésorerie et à la fourniture de biens ou services, le privilège bénéficie à d'autres apporteurs de fonds que les banquiers, associés dans le cadre de leur compte courant notamment ou, désormais, tout autre prêteur⁶. Le privilège ne bénéficie qu'aux nouveaux concours et non aux concours anciens pour lesquels le créancier consentirait des délais de paiement.

b. En cas de soutien post-plan

La loi *Pacte* du 22 mai 2019, dans son article 60 habilitant le gouvernement à réformer le droit des sûretés par voie d'ordonnance, mentionne en son I, 14° qu'il s'agit de « simplifier, clarifier et moderniser les règles relatives aux sûretés et aux créanciers titulaires de sûretés dans le livre VI du Code de commerce (...) ».

⁶ La loi *Pacte* (art. 95) a élargi les dérogations au monopole bancaire et favorisé ainsi le prêt entre entreprises.

notamment (...) en prévoyant les conditions permettant d'inciter les personnes à consentir un nouvel apport de trésorerie au profit d'un débiteur faisant l'objet d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire avec poursuite d'activité ou bénéficiant d'un plan de sauvegarde ou de redressement arrêté par le tribunal ». On ne voit guère, hormis l'institution d'un nouveau privilège, de quelle autre manière pourrait se traduire ladite incitation. Seul « un nouvel apport en trésorerie » est visé, ce qui réservera ledit privilège en principe aux établissements bancaires.

Il en va en revanche différemment de l'incitation à consentir un nouvel apport en trésorerie au débiteur faisant l'objet d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire avec poursuite d'activité. Il s'agit sans doute « seulement » d'améliorer le rang de priorité de ce créancier, ce qui nous conduit à évoquer le traitement de ces privilégiés.

B. Le traitement amélioré mais perfectible des privilèges garantissant le soutien bancaire

Le traitement des créances garanties par le privilège de la procédure et le privilège de la conciliation, permet de mesurer l'intérêt du privilège et la portée de l'aménagement au principe d'égalité. Il diffère à certains égards, même s'il a pour point commun de reposer sur un rang de paiement prioritaire en cas de répartition consécutive à la réalisation d'un actif.

1. Le rang des privilèges garantissant le soutien bancaire apporté au débiteur en difficulté

C'est dans le droit de préférence conféré par le privilège que s'incarne la rupture avec la règle de l'égalité fondée sur l'article 2285 du Code civil. Le rang de préférence choisi manifeste quant à lui l'intérêt, plus ou moins grand, porté par le législateur aux créances garanties.

À s'en tenir au rang de classement de ces privilèges, il apparaît que c'est le soutien apporté en amont des procédures judiciaires que celui-ci a voulu plus particulièrement favoriser en le récompensant par un meilleur rang. Les créances garanties par le privilège de l'article L. 611-11 priment toutes les autres créances antérieures, à l'exception des créances superprivilégiées. Elles priment également les créanciers postérieurs, à l'exception des frais de justice postérieurs depuis 2008. Le rang de priorité conféré par l'article L. 611-11 est par ailleurs identique quelle que soit la procédure.

Les créanciers postérieurs privilégiés ne l'emportent plus nécessairement sur tous les créanciers antérieurs, comme avant la loi du 10 juin 1994. Cette primauté sur les créanciers antérieurs titulaires de sûretés avait déclenché l'ire des établissements bancaires au lendemain de l'adoption de la loi de 1985. La loi du 10 juin 1994 opérant un « printemps des sûretés réelles », avait en partie répondu à leurs attentes. Depuis, dans la liquidation judiciaire, l'emportent certains créanciers antérieurs titulaires de sûretés⁷, les créanciers titulaires de sûretés immobilières, générales ou spéciales.

Au-delà de cette compétition entre créanciers antérieurs et postérieurs, il convient de mentionner l'existence d'une hiérarchie « interne » aux créanciers postérieurs privilégiés. Cette hiérarchie constitue un aménagement à la règle de l'égalité, applicable tant aux créanciers postérieurs qu'antérieurs⁸. Le banquier apportant son soutien spontané à l'entreprise en difficulté bénéficie du deuxième rang, après les créances salariales non avancées par l'AGS. Les articles L. 622-17, II, 2° / L. 641-13, II, 2° mentionnent exactement « les prêts consentis ainsi que les créances résultant de l'exécution des contrats poursuivis conformément aux dispositions de l'article L. 622-13 et dont le cocontractant accepte de recevoir un paiement différé ». La précision selon laquelle le prêt devait avoir été consenti par un établissement de crédit figurant initialement dans la loi a été supprimée en 2005. Le bénéfice du second rang est subordonné à l'autorisation du juge-commissaire, donnée « dans la limite nécessaire à la poursuite de l'activité pendant la période d'observation ». Une publicité est de plus imposée. À défaut, la créance ne vient qu'au cinquième rang de la hiérarchie interne⁹.

Ce classement, soumis à des conditions trop strictes, ne paraît pas suffisant aujourd'hui. Sont visés les « prêts » consentis, formulation suscitant la controverse entre les partisans d'une interprétation étroite¹⁰, en harmonie avec le principe d'interprétation stricte des privilèges, s'appuyant sur les travaux préparatoires de la loi de 1985¹¹ et, à l'inverse, ceux d'une application large du texte à tout type de concours¹². Une seule décision est rapportée, excluant l'application de rang priori-

7 Créanciers dont la liste a été quelque peu modifiée au fil des réformes. Il s'agissait de « sûretés immobilières ou mobilières spéciales assorties d'un droit de rétention ».

8 Elle s'appliquait auparavant aux créanciers de la masse, mais connaissait une exception au profit du Trésor pour les contributions dues en raison de la continuation de l'activité.

9 CA Paris, 26 oct. 1999 : D. affaires 1999, p. 79.

10 Le Corre P.-M., *Droit et pratique des procédures collectives*, 2019/2020, Dalloz Action, n° 456-641.

11 Le choix avait été fait d'écarter le terme de crédit au motif que les crédits (ouverture de crédit) n'étaient pas contrôlables : JO Sénat CR, Séance du 13 avr. 1994, p. 1925.

12 Pérochon F., *Entreprises en difficulté*, LGDJ, 2014, n° 835 ; Saint-Alary Houin C., *Droit des entreprises en difficulté*, 2018, LGDJ, Précis Domat, n° 687.

taire à une ouverture de crédit¹³. Enfin, en visant les prêts *consentis*, le législateur ne permet pas l'application de ce rang favorable en cas de continuation forcée d'un contrat en cours (alors que le deuxième rang est réservé aux contrats poursuivis assortis d'un paiement différé d'un an ou plus). Ces conditions pourraient être prochainement modifiées. Le législateur envisage de prévoir des « conditions permettant d'inciter les personnes à consentir un nouvel apport de trésorerie au profit d'un débiteur faisant l'objet d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire avec poursuite d'activité ».

Le classement au sein de la hiérarchie interne est important. Toutefois cet avantage ne doit pas faire illusion face à la règle du paiement à l'échéance.

2. Le paiement facilité des créances garanties par les privilèges en dehors de tout classement

Les créances garanties par le privilège de la procédure doivent être payées à l'échéance et, à défaut, les créanciers peuvent en obtenir le paiement forcé en faisant prononcer une condamnation et en mettant en œuvre des voies d'exécution.

Dans le même temps, les créanciers titulaires du privilège de la conciliation, créanciers antérieurs, sont soumis à la discipline collective : interdiction des poursuites, obligation de déclaration, interdiction des paiements de la part du débiteur ou des organes de la procédure. Leur sort a néanmoins été récemment quelque peu amélioré pour rejoindre – en partie – celui des créanciers postérieurs. L'ordonnance de 2014 les a fait échapper aux délais du plan. Il ne semble pas que les insuffisances du régime du privilège de la conciliation soient susceptibles d'être corrigées et un paiement à l'échéance envisagé. Si séduisant puisse-t-il paraître, il se heurterait de toute façon également à l'opposabilité des droits de rétention, et céderait face au paiement du réservataire destiné à faire échec à la restitution du bien légitimement revendiqué. Les aménagements apportés au principe d'égalité en faveur de certains créanciers peuvent paraître vains face aux règles permettant de contourner ce principe.

Si l'octroi d'un privilège n'est pas satisfaisant à tous égards, le soutien bancaire est favorisé par un puissant relais, le principe de non-responsabilité posé en 2005.

II. Un principe de non-responsabilité renforcé en cas de soutien d'une entreprise en difficulté

Le principe de non-responsabilité posé par la loi de 2005 est énoncé par l'article L. 650-1 du Code de commerce. Son interprétation par la jurisprudence a contribué à son renforcement et, partant, à la faveur dont jouissent ceux qui fournissent un concours, en particulier le banquier. La jurisprudence s'est montrée indifférente aux vives critiques formulées par certains auteurs à l'encontre d'un texte allant au-delà des nécessités de la protection du débiteur¹⁴. S'il n'est pas possible de vérifier l'impact positif du texte sur l'octroi de crédit par les banques, en revanche, le cantonnement des actions et surtout des condamnations est patent¹⁵. Dans une seule affaire soumise à la Cour de cassation la responsabilité pour soutien abusif a été retenue¹⁶. Elle ne concernait pas un banquier mais un fournisseur. Le renforcement du principe qui contribue à forger un véritable « bouclier » procède d'une part de l'exigence de causes de déchéance pour le renversement du principe et de leur interprétation stricte et, d'autre part, de la compréhension large du domaine du texte.

A. Le renforcement du principe par l'exigence de causes de déchéance strictement appréciées

L'affirmation du principe de non-responsabilité « sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci » a donné lieu à une controverse sur la portée de la limite posée. Selon une partie de la doctrine, en cohérence avec la volonté du législateur de refouler la responsabilité des banques, il convenait de voir dans ces hypothèses des « cas d'ouverture » nécessitant par ailleurs l'établissement d'une faute¹⁷. Selon d'autres auteurs, ces trois cas constituaient en eux-mêmes des exceptions au principe, donc des cas de responsabilité¹⁸. Les considérer comme de simples « cas d'ouverture », reviendrait à ajouter à la loi une condition non posée par celle-ci. C'est toutefois la première opinion

13 CA Limoges, 28 avr. 1988 : RD Bancaire et bourse 1988, p. 206, Dekeuwer-Défossez F.

14 Lucas F.-X., *Manuel de droit de la faillite*, 2^e éd. 2018, PUF, n° 208.

15 Thullier B., « Définition de la fraude et efficacité de l'article L. 650-1 du Code de commerce », BJE mars 2018, n° 115t8, p. 116.

16 Cass. com., 18 mai 2017.

17 Pérel P., « La réforme collatérale : les incidences de la modification du droit des procédures collectives par la loi du 26 juillet 2005 », in *Le droit des sûretés à l'épreuve des réformes*, Picod Y. et Crocq P. (dir.), 2006, Éd. juridiques et techniques, Droit et procédures, p. 31, n° 45 ; Crocq P., « Sûretés et proportionnalité », in *Études offertes au doyen Simler*, 2006, Dalloz, p. 291, n° 26.

18 Bonneau T., *Droit bancaire*, 13^e éd., 2019, LGDJ-Lextenso, Précis Domat, n° 936.

qui a été consacrée par la Cour de cassation en 2012¹⁹. La solution a été réaffirmée plusieurs fois et la jurisprudence a été amenée à préciser les cas d'ouverture.

La fraude a été au cœur de plusieurs affaires soumises à la Cour de cassation : en 2012, elle soulignait la nécessité de l'intention frauduleuse²⁰. Deux arrêts rendus en 2017 éclairent la notion. Selon le premier²¹, la fraude suppose la réunion de deux éléments : une action dans le but de préserver ses propres intérêts, mais également un acte déloyal et l'obtention du résultat recherché par tromperie, manœuvres, falsifications ou autres actes répréhensibles, ce qui revient à contrevenir de manière anormale au principe d'égalité. Mais précisément, le simple fait d'obtenir une sûreté pour le remboursement du crédit consenti (qui procède du souci légitime du créancier de préserver ses intérêts) n'a pas été considéré suffisant. Dans l'arrêt du 13 décembre 2017²², la chambre commerciale énonce une définition de la fraude qui « s'entend, en matière civile ou commerciale, comme un acte réalisé en utilisant des moyens déloyaux destinés à surprendre un consentement, à obtenir un avantage matériel ou moral indu ou réalisé avec l'intention d'échapper à l'application d'une loi impérative ou prohibitive ». L'élargissement, semble-t-il, n'aboutit cependant pas à retenir la fraude, appréciée toujours de manière restrictive. C'est encore la constitution de sûretés en garantie de prêts qui était en cause. Les juges du fond avaient retenu une faute et fait droit à l'application de l'article L. 650-1 du Code de commerce mais l'arrêt est censuré pour manque de base légale, les motifs retenus étant impropres à caractériser la fraude. La solution semble sévère alors que la banque avait obtenu des garanties pour le remboursement de concours dont le risque de non-remboursement était manifestement élevé.

Quant à la disproportion des garanties par rapport aux concours consentis, source d'interrogations (quant aux garanties concernées, à la façon d'apprécier la disproportion, à la date à laquelle se placer pour effectuer cette appréciation)²³, elle a donné lieu à très peu de décisions. Un arrêt de la Cour de cassation a par principe écarté la disproportion du cautionnement consenti, en raison de son caractère accessoire qui en limite le montant à celui de la dette garantie²⁴.

L'argument n'a curieusement pas été invoqué par les plaideurs dans les affaires précédemment rapportées alors qu'une pluralité de garanties avait été exigée et que la loi ici n'impose pas d'établir le caractère manifeste de la disproportion.

L'immixtion caractérisée dans la gestion a été strictement entendue par la Cour de cassation dans un arrêt du 21 novembre 2018²⁵ : il s'agit « d'actes positifs de direction ou l'exercice d'une influence décisive sur la gestion du débiteur, de nature à constituer une immixtion caractérisée dans la gestion de ce dernier ».

Sensiblement renforcé par l'interprétation stricte de ces causes de déchéance, le principe d'irresponsabilité l'est également par une compréhension large de son domaine.

B. Domaine large d'application du principe

Le principe d'irresponsabilité dans l'octroi du crédit en cas d'ouverture d'une procédure judiciaire fondé sur l'article L. 650-1 du Code de commerce²⁶, revêt un domaine étendu²⁷, ce que favorise la lettre large de la loi. Ainsi, visant indistinctement les créanciers, elle a pu être appliquée à d'autres créanciers qu'aux banques. Qui plus est, il a été jugé que peu importait que le créancier ne le soit plus et n'ait pas déclaré de créance à la procédure²⁸.

S'agissant des concours consentis, la jurisprudence les a compris largement. Peu importe que les crédits aient permis le financement de l'acquisition ou du démarrage d'une entreprise²⁹ et le moment où le crédit a été consenti, y compris en période suspecte. En revanche, sont hors du champ d'application de l'article L. 650-1 certaines « opérations » comme la garantie financière immobilière³⁰, solution jugée logique car la garantie financière ne protège pas l'entreprise mais des tiers³¹.

25 Cass. com., 21 nov. 2018, n° 17-21025, Dumont M.-P. ; Cass. com., 22 mars 2017, n° 15-13290 : Gaz. Pal. 27 juin 2017, n° 297v7, p. 66, Lasserre Capdeville J.

26 Sur la confrontation de ce principe avec le principe d'engagement de la responsabilité lorsque l'entreprise bénéficiaire des crédits est *in bonis* : Saintourens B., « La responsabilité de la banque pour soutien abusif : la pluralité des risques », RLDC 2019/3, n° 168, p. 13.

27 V. Gouëzel A., « Domaine d'application de l'article L. 50-1 du Code de commerce relatif au soutien abusif », Gaz. Pal. 11 juin 2019, n° 353x2, p. 48.

28 Cass. com., 19 sept. 2018, n° 17-12596, P. : Gaz. Pal. 15 janv. 2019, n° 339s0, p. 77, Lasserre Capdeville J. ; JCP E 2019, 1000, n° 20, Tehrani A. ; LEDEN nov. 2018, n° 111y6, p. 2, Mélin F. ; BJS déc. 2018, n° 119e3, p. 705, Lasserre Capdeville J. ; JCP E 2018, 1649, Le Noach G.

29 Cass. com., 3 nov. 2015, nos 14-10274 et 14-18433, D. : JCP E 2016, 1198, n° 17, Pérel P. ; Gaz. Pal. 19 janv. 2016, n° 254r1, p. 74, Routier R. ; BJE janv. 2016, n° 112y9, p. 48, Favario T. ; Rev. proc. coll. 2016, n° 100, Martin-Serf A.

30 Cass. com., 24 mai 2018, n° 16-26387, FS-PB : LEDEN juill. 2018, n° 111u0, p. 5, Mouial-Bassilana E.

31 Gouëzel A., « Domaine d'application de l'article L. 50-1 du Code de commerce relatif au soutien abusif », Gaz. Pal. 11 juin 2019, n° 353x2, p. 48.

19 Cass. com., 27 mars 2012, n° 10-20077, P.

20 Cass. com., 27 mars 2012, n° 11-13536, D.

21 Cass. com., 8 mars 2017, n° 15-20288, D. : LEDEN avr. 2017, n° 110r2, p. 1, Lucas F.-X. ; Gaz. Pal. 27 juin 2017, n° 297v3, p. 64, Lasserre Capdeville J.

22 Cass. com., 13 déc. 2017, n° 16-21498 : BJE mars 2018, n° 115t8, p. 116, Thullier B. ; LEDEN févr. 2018, n° 111h3, p. 5, Favario T. ; Rev. proc. coll. 2018, comm. 127, Martin-Serf A.

23 Macorig-Venier F., « Le soutien abusif », in Le banquier au cœur des risques, RLDA 2008/2, n° 24, p. 119 et s., spéc. 122 et 123.

24 Cass. com., 18 mai 2017, n° 15-12338 : Gaz. Pal. 10 oct. 2017, n° 304w0, p. 74, Lasserre Capdeville J. ; BJE sept. 2017, n° 115c8, p. 347, Favario T.

La situation devrait être différente en présence d'un « crédit par signature ».

Les concours donnant lieu au principe de non-responsabilité concernent enfin les délais selon la jurisprudence³². L'interprétation large du terme de concours contraste avec la solution légale applicable au privilège de la conciliation qui ne joue pas pour les délais.

Le principe de non-responsabilité exonère le banquier de toute responsabilité même au-delà des crédits consentis dans le cadre de la procédure de conciliation et des procédures judiciaires. Il concerne rétrospectivement tous les concours consentis à une entreprise

qui est ensuite soumise à une procédure judiciaire et pas seulement les concours consentis dans le cadre des procédures de conciliation ou des procédures judiciaires. Il avait pourtant été initialement imaginé pour s'appliquer à la première hypothèse.

Cela atteste d'un décalage entre le domaine de l'article L. 650-1 et celui de l'article L. 611-11. Il s'avère que l'aménagement à la règle de l'égalité résultant de l'octroi du privilège de l'article L. 611-11 ne coïncide pas avec l'aménagement au principe de responsabilité résultant de l'article L. 650-1 du Code de commerce qui était pourtant censé simplement le conforter.

32 Cass. com., 9 mai 2018, n° 17-10965, D : Gaz. Pal. 10 juill. 2018, n° 328w6, p. 61, Lasserre Capdeville J.

Le principe d'égalité au regard du droit européen de l'insolvabilité ^{117h9}

Marie-Hélène MONSÉRIÉ-BON

Professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris 2)

Le droit européen de l'insolvabilité étant animé d'une logique différente de celle des droits des États membres, le principe d'égalité n'y semble pas primordial. Toutefois, il n'est pas absent et les évolutions à venir avec la transposition de la directive du 20 juin 2019 pourront aussi rejaillir sur la vigueur de ce principe souvent malmené.

Traiter du principe d'égalité au regard du droit européen de l'insolvabilité est un thème qui peut désarçonner, ce prisme d'observation n'apparaissant pas comme le plus naturel au regard des angles de réflexion traditionnellement empruntés dans le domaine de l'insolvabilité européenne. Pourtant, il ne fait pas de doute que le droit européen de l'insolvabilité est riche, exponentiel et désormais une pièce essentielle de notre système du droit des entreprises en difficulté. Le champ d'investigation est donc vaste et, en outre, d'une actualité brûlante. Donc, pourquoi ne pas y chercher les traces d'un principe largement partagé bien que difficile à appréhender, celui de l'égalité des créanciers.

En premier lieu, le domaine de l'étude comprend le règlement (UE) *Insolvabilité* n° 2015/848, entré en vigueur le 26 juin 2017, qui a substantiellement réformé le système des procédures d'insolvabilité européenne qui s'ouvrent devant les juridictions des États membres dès qu'un élément d'extranéité – pas très bien cerné d'ailleurs – est présent.

En second lieu, cela constitue l'actualité et une innovation dans la démarche adoptée, la directive du 20 juin 2019¹ a pour objet d'harmoniser les droits de l'insolvabilité des États membres. Les principes et les nombreuses options, retenus dans ce texte, doivent être transposés dans un délai de 2 ans par les États membres. À cette fin, la loi *PACTE* adoptée le 22 mai 2019² comporte un article 196 qui autorise le gouvernement à intervenir par ordonnance dans un délai de 24 mois à compter de la publication de la loi « dans des conditions favorisant la poursuite de l'activité, la sauvegarde de l'emploi, l'apurement du passif et le rebond des entrepreneurs honnêtes et permettant la réduction des coûts et des délais des procédures... ». Si on voit poindre dans cette formule le désormais fameux « en même temps », il faut souligner que les objectifs classiques du droit des entreprises en difficulté sont réaffirmés dans leur ordre non moins classique, ce qu'il est important de noter, car le maintien

de nos priorités aura certainement un impact sur la transposition de la directive en droit français.

Ainsi, le volet européen du droit de l'insolvabilité va directement se retrouver dans le livre VI du Code de commerce, oui mais sous quelle forme ? En effet, l'un des traits saillants de cette directive est le nombre très important d'options qui sont offertes aux États membres, ce qui affaiblira assurément le processus d'harmonisation. La directive est très certainement une première étape, le lancement d'un processus qui permettra de faire évoluer à l'unisson les droits des États membres. Cette évolution étant tout à fait favorable à une mise en œuvre plus efficiente des procédures d'insolvabilité relevant du règlement *Insolvabilité*, les deux phénomènes sont intimement liés.

Mais alors quels points de contact peut-on réellement mettre en lumière avec le principe de l'égalité des créanciers qui, soumis à un examen serré au fil des interventions, a montré à la fois sa survivance et ses aménagements ? Les procédures soumises aux principes du droit européen de l'insolvabilité conserveront-elles ou conserveront-elles la présence de ce principe d'égalité ?

Il convient de rappeler que le principe d'égalité ou de non-discrimination est évidemment un des principes fondateurs du droit de l'Union européenne. Or discriminer c'est traiter de façon inégale des situations semblables ou traiter de façon égale des situations dissemblables sans justification objective et sans mesure proportionnée. Cette vision doit insuffler des modèles dans le traitement de l'insolvabilité à dimension européenne.

Toutefois, le principe d'égalité va prendre dans le cadre des textes européens, essentiellement dans le règlement insolvabilité, une configuration particulière liée au contexte international des procédures et des acteurs, le débiteur et les créanciers. D'une part, ces procédures mettront en présence des créanciers venant de divers horizons européens et même au-delà. Dès lors, la conception classique du principe d'égalité va se doubler d'un élément d'extranéité qui débouche sur une égalité entre les créanciers locaux et les créanciers étrangers afin de leur assurer un traitement aussi égalitaire que possible quant à leur participation à la procédure et au traitement qui leur sera réservé.

NDA : La forme orale de l'intervention a été respectée.

1 Dir. n° 2019/1023/UE du PE et du Cons., 20 juin 2019 relative aux cadres de restructuration préventive, à la remise de dettes et aux déchéances, et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes, et modifiant la dir. n° 2017/1132/UE (directive sur la restructuration et l'insolvabilité).

2 L. n° 2019-486, 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises.

D'autre part, même si ce n'est pas une constante, il est possible qu'un débiteur fasse l'objet de plusieurs procédures, une principale et une ou plusieurs secondaires qui, se déroulant dans des États membres différents, seront régies par des lois différentes. Là encore, l'application du principe d'égalité des créanciers pourra être mise à mal, en raison de la situation réservée aux créanciers dans ces différentes procédures.

Les enjeux quant au principe d'égalité dans la directive ne peuvent pas être abordés de la même manière en raison du contexte puisqu'il s'agit de rénover les droits des États membres, ce qui ne touchera pas seulement les procédures transfrontalières. La feuille de route qui est donnée, certes avec quelques chemins de traverse, pourra avoir, notamment en droit français, des répercussions sur la mise en œuvre du principe d'égalité, tel qu'il existe dans le livre VI.

Ainsi, que l'on examine le règlement (UE) n° 2015/848 en raisonnant sur une procédure d'insolvabilité ouverte en France ou la directive en appréhendant les retouches à venir, le droit français et le principe d'égalité qui l'irrigue seront au centre de la réflexion.

D'une part, lorsque s'ouvre une procédure relevant du règlement *Insolvabilité*, il s'agira dans une très large mesure d'une procédure nationale quant aux règles substantielles qui la gouvernent. Ainsi, lorsqu'une juridiction française ouvrira une procédure d'insolvabilité, elle sera largement soumise au droit français sous réserve des aménagements apportés au domaine de la *lex fori concursus*.

D'autre part, la transposition de la directive du 20 juin 2019 dite *Cadre de restructuration* suppose des choix importants dont l'impact pourra être plus ou moins marquant. En effet, ce texte impose à tous les États membres d'offrir aux entreprises au moins une procédure conforme aux critères de la directive. Ainsi, les aménagements à apporter au droit français peuvent être conçus selon une palette assez variable et les accrocs au principe d'égalité qui pourront se manifester en droit français seront donc plus ou moins importants.

La grande différence d'approche entre le règlement *Insolvabilité* et la directive *Cadres de restructuration*, conduit, afin de livrer une vision générale de l'influence du droit européen sur le principe d'égalité, à l'aborder successivement dans le règlement *Insolvabilité* et dans la directive du 20 juin 2019.

I. Principe d'égalité dans le règlement *Insolvabilité*

Le règlement *Insolvabilité*, que ce soit dans sa version initiale du 29 mai 2000 ou dans celle désormais en vigueur du 20 mai 2015, n'est pas clairement placé

sous le signe du principe d'égalité des créanciers même s'il peut apparaître parfois expressément, comme dans le considérant 63 qui mentionne que le règlement doit assurer une égalité de traitement des créanciers en coordonnant notamment la répartition du produit de la réalisation.

Mais, si l'on dépasse cet aspect formel, le règlement sans viser expressément le principe d'égalité, qui n'est pas non plus visé d'ailleurs dans le livre VI, livre des dispositions qui ont pour objet d'assurer les deux facettes de ce principe d'égalité, à savoir assurer l'égalité des créanciers en dépit de leur localisation ou de l'existence d'une multiplicité de procédures tout en le neutralisant pour protéger certains créanciers.

A. Assurer un minimum d'égalité en dépit de la localisation des créanciers

L'idée d'assurer aux créanciers une certaine égalité n'est pas étrangère au droit français qui pose des règles différenciées selon leur localisation. Cette nécessité faisant loi dans le contexte des procédures d'insolvabilité, le règlement y consacre des dispositions qui ont été sensiblement améliorées dans sa nouvelle version. Ainsi, la vigueur du principe d'égalité est renforcée, ce qui évite que les créanciers non localisés au lieu d'ouverture de la procédure d'insolvabilité (leur résidence est dans un autre État membre) ne bénéficient pas d'un traitement leur assurant un égal accès au gage commun.

En premier lieu, le règlement *renforce l'accès à l'information*, première étape de la participation des créanciers à la procédure. Sans entrer dans l'ensemble du dispositif, assez formel, il faut signaler que le règlement 2015 prévoit un système de registres interconnectés qui assurera aux créanciers un accès à l'information sur l'ensemble des procédures ouvertes au sein de l'Union européenne qui est entré en vigueur le 26 juin 2019 (art. 26 et 27). Toutefois, à l'heure actuelle, seuls quelques États membres ont réalisé cette interconnexion. En outre, un système de publicité à la demande du débiteur ou du praticien de l'insolvabilité est également mis en place par le règlement au lieu de localisation d'un établissement, pour assurer l'information des créanciers qui y sont installés. Ces mesures sont complétées par une information individuelle des créanciers connus qui sont localisés sur un autre État-membre (art. 54).

En second lieu, le règlement *Insolvabilité* a également renoué les règles de *production des créances* en instaurant un formulaire uniformisé régi par l'article 55 qui favorise l'accès au gage commun des créanciers. Tous les créanciers de l'Union européenne bénéficieront ainsi d'un traitement égalitaire. Bien que les délais pour cette production de créances soient prévus par

les États membres, le règlement impose, pour préserver l'égalité des créanciers dans cette démarche, de respecter un délai minimum de 30 jours.

En revanche, les créanciers hors Union européenne ne pourront pas bénéficier de ces règles et seront donc moins bien traités en étant soumis aux règles légales de l'État membre d'ouverture comme les créanciers locaux.

Il est incontestable que le nouveau règlement a fait progresser au sein de l'Union européenne l'égalité des créanciers.

Comment apprécier en second lieu, cette égalité des créanciers au regard de la multiplicité des procédures lorsqu'elle existe.

B. L'expression du principe d'égalité en présence d'une multiplicité de procédures

Il s'agit d'un autre enjeu de ce principe largement partagé en Europe, celui d'un traitement égalitaire des créanciers dans les diverses procédures, principale et secondaire, ouvertes à l'égard d'un même débiteur, la première au lieu où se situe le centre de ses intérêts principaux (CIP) et la ou les secondes au lieu où se trouvent implantés le ou les établissements de ce débiteur.

L'architecture instaurée par le règlement (UE) n° 2015/848 conduit, selon les configurations envisagées, à conférer à la procédure un caractère universel ou territorial, ce qui bien sûr se répercute inmanquablement sur le principe d'égalité des créanciers en morcelant le patrimoine du débiteur et en permettant des combinaisons susceptibles de porter atteinte à ce principe afin de répartir au mieux le gage commun. Le règlement comporte des dispositions qui organisent l'accès au gage commun afin d'assurer une certaine égalité.

Deux règles d'intensité inégale au regard du principe d'égalité des créanciers doivent être signalées. La première qui se situe au deuxième alinéa de l'article 23, est une des illustrations les plus flagrantes de la présence du principe d'égalité en cas de pluralité de procédures. En effet, ce texte tend à assurer, cela est mentionné expressément, un traitement égal des créanciers. La règle concerne les répartitions auxquelles un créancier peut prétendre dans les procédures ouvertes contre son débiteur. S'il a obtenu un dividende dans une procédure, il ne participera aux autres que lorsque les créanciers de même rang ou de même catégorie auront obtenu dans cette dernière procédure un dividende équivalent. Belle preuve de la présence du principe d'égalité pour ceux qui en doutaient, fondé sur les rangs ou les catégories qui existent entre les créan-

ciers. La seconde³, avec une attache peut être moins évidente au principe d'égalité, organise le sort du surplus d'actif constaté dans une procédure secondaire. Si tous les créanciers ont été désintéressés dans cette procédure, le surplus d'actif sera transféré dans la procédure principale afin d'en désintéresser les créanciers. Ainsi, l'accès au gage commun est préservé en dépit du fractionnement des procédures.

C. La situation hors égalité de certains créanciers

Comme en droit français notamment, le règlement offre à certains créanciers une situation extraordinaire qui les fera échapper au lot commun des créanciers. Le sort des créanciers étant déterminé par la *lex fori concursus*⁴, il pourra varier, au regard du principe de l'égalité, d'un État membre à l'autre. Ainsi, le sort des créanciers, l'égalité de traitement et la discipline collective seront des données variables.

Pour éviter ce saut dans l'inconnu, le lieu où sera localisé le centre des intérêts principaux du débiteur déterminant la loi applicable, le règlement de 2015, comme le précédent d'ailleurs, prévoit une série de règles faisant échapper les créanciers aux rigueurs de l'égalité des créanciers. Ainsi, tous les créanciers titulaires de droits réels verront leurs droits préservés, l'article 8 indiquant que ce droit n'est pas affecté par l'ouverture d'une procédure collective lorsque le bien se situe au jour du jugement d'ouverture sur le territoire d'un État membre autre que celui d'ouverture. Un même mécanisme est à l'œuvre pour la clause de réserve de propriété.

Ce rapide tour d'horizon atteste que si le principe de l'égalité des créanciers n'est pas au cœur du règlement insolvabilité, il n'en est pas totalement absent, ce qui peut apparaître rassurant pour les créanciers.

II. Que restera-t-il du principe d'égalité des créanciers en droit français avec l'intégration de la directive ?

La directive du 20 juin 2019 détermine son champ d'application en indiquant que chaque État membre devra intégrer dans son système juridique au moins une procédure qui réponde aux caractères du cadre de restructuration posé par la directive. En droit français, au regard des termes de l'habilitation donnée dans la loi *PACTE*, il pourra s'agir de la sauvegarde et du redressement, cette seconde procédure n'étant pas cependant un cadre préventif.

³ Règl. (UE) n° 2015/848, art. 49.

⁴ Règl. (UE) n° 2015/848, art. 7, J.

Lorsque ces procédures seront ouvertes, cela permettra d'appliquer une suspension des poursuites, sous réserve des exceptions prévues dans les textes. Une question surgit alors, que restera-t-il de ce principe général après l'intégration de la directive dans le droit français ?

Si la question mérite d'être posée, la réponse sera nécessairement décevante, car si des pistes de réflexion se dessinent, c'est sans aucune certitude quant à leur devenir. En effet, la directive adoptée étant le fruit d'un compromis, de nombreuses options ont été laissées aux États membres afin que l'objectif d'harmonisation puisse débiter en tenant compte des différences, parfois majeures, des droits de l'insolvabilité en Europe.

Donc quel sera l'impact de cette harmonisation, en droit français, sur la place actuelle du principe d'égalité ? En réalité, le texte de la directive cherche à établir un certain équilibre entre la volonté d'aider le débiteur et celle de ne pas porter une atteinte disproportionnée aux intérêts des créanciers. Dès lors, le texte de la directive comporte un certain nombre de garde-fous qui pourraient induire une certaine évolution du droit français éminemment *debtor friendly*. L'égalité des créanciers ne semble pas au cœur de la réflexion même si certains mécanismes classiques ou moins classiques vont avoir des répercussions sur sa place ou son intensité.

A. La rénovation de la suspension des poursuites

En premier lieu, la directive consacre des développements substantiels au mécanisme de la suspension des poursuites, pilier de la discipline collective dès l'ouverture de la procédure. Le texte de la directive pose en cette matière un principe et offre ensuite aux États membres un certain nombre d'options dans sa mise en œuvre.

La directive conserve le principe de la suspension des poursuites, même si sa durée obéit à des règles rénovées⁵. Un délai de 4 mois est prévu avec une possibilité laissée aux États membres, de prévoir une prorogation jusqu'à 12 mois après une décision motivée de l'autorité compétente. Certaines justifications sont mentionnées dans le texte mais elles ne sont pas exclusives.

Ce principe essentiel en droit français est conservé ainsi que son application à tous les types de créances, y

compris les créances garanties et privilégiées. On peut donc y voir, une application préservée de l'égalité des créanciers qui impose à tous une discipline collective. Toutefois, ce principe est assorti d'exceptions, les États membres pouvant ainsi le contourner ou l'aménager en :

- renversant le principe pour limiter la suspension à un ou plusieurs créanciers ou catégorie de créanciers.
- conservant le principe mais en excluant certaines créances ou catégorie de créances, si cette exclusion ne porte pas atteinte à l'élaboration du plan ou si la suspension des poursuites causait un préjudice excessif aux créanciers.

Après avoir défini cette architecture, le texte de la directive envisage toujours une possibilité de levée de cette suspension des poursuites par l'autorité, *a priori* le tribunal en France, en énumérant de façon impérative les cas où elle peut intervenir, à savoir :

- lorsque la suspension n'a plus de raison d'être car la négociation du plan est compromise au point d'empêcher son adoption ;
- sur demande du débiteur ou du praticien.

Et si le droit national le prévoit :

- si un ou plusieurs créanciers ou une ou plusieurs classes de créanciers subissent ou subissaient un préjudice excessif du fait de la suspension.
- si la suspension entraîne l'insolvabilité du créancier.

La lecture de la directive atteste des changements à intervenir dans le droit français avec une atteinte, certes très modulable, au principe de l'égalité des créanciers qui demeure comme un dogme des procédures de restructuration.

B. Les aménagements du traitement des créanciers dans le plan

Le second point qui peut être envisagé au titre des effets de la directive concerne le traitement réservé aux créanciers dans les plans de restructuration.

Cette question s'annonce comme un des points sensibles et discutés de la directive qui conduira, selon les termes de l'habilitation de la loi *PACTE*, à remplacer dans le droit français les comités de créanciers par des classes de créanciers.

La constitution de comités de créanciers obéit à des conditions de fiabilité de l'information comptable et de taille des entreprises – 150 salariés ou 20 millions de chiffre d'affaires – et ils regroupent des créanciers appartenant à la même catégorie, établissement de crédit ou fournisseurs. S'y ajoutent, les assemblées d'obligataires.

Les changements importants qui vont découler de la transposition de la directive, sont-ils de nature à favo-

⁵ Dir. n° 2019/1023/UE du PE et du Cons., 20 juin 2019 relative aux cadres de restructuration préventive, à la remise de dettes et aux déchéances, et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes, et modifiant la dir. n° 2017/1132/UE (directive sur la restructuration et l'insolvabilité), art. 6

riser l'égalité des créanciers ? Actuellement, dans les procédures avec comités de créanciers, l'article L. 626-30-2 laisse une assez grande liberté, le projet de plan pouvant établir un traitement différencié entre les créanciers, si leur différence de situation le justifie.

Les dispositions de la directive laissant des options aux États membres, il est pour le moment bien délicat d'apprécier l'impact qu'elle pourra produire sur le droit français.

La procédure de restructuration préventive devra donc comporter des classes de créanciers, avec la possibilité d'aménager les règles pour les PME⁶. Ces classes seront constituées en fonction de la nature des créances et non plus de la qualité des créanciers. Leur existence reposera sur une communauté d'intérêts qu'il conviendra de caractériser pour les constituer. Ces classes pourront être plus ou moins nombreuses – il est possible d'en exclure les salariés, les détenteurs de capital – et finement déterminées, les États membres ayant une grande latitude, la seule obligation, en dehors des PME, est de constituer une classe de créanciers garantis et non garantis.

La directive instaure bien sûr des garde-fous pour préserver les droits des créanciers soumis dans les classes au vote majoritaire et donc susceptibles de se voir imposer les mesures du plan de restructuration.

Ainsi, dans certaines circonstances énoncées par la directive⁷, à savoir lorsque le plan affecte les créances ou les intérêts des parties affectées dissidentes, qu'il prévoit de nouveaux financements ou une suppression de 25 % de la main-d'œuvre, il fera l'objet d'un contrôle, qui pourrait être en droit français celui du tribunal. Ce premier texte est complété afin de déterminer quels sont les critères à retenir par l'autorité pour valider ce plan soumis à son contrôle. Parmi ces critères, l'un d'eux est clairement une application du principe d'égalité, le texte mentionnant que les créanciers qui partagent une communauté d'intérêts suffisante au sein d'une classe de créanciers bénéficient d'une égalité de traitement et sont traités de manière proportionnelle à leur créance.

Une même inspiration se retrouve pour la mise en œuvre de l'application forcée interclasse, l'article 11 prévoyant que les parties dissidentes sont traitées d'une manière au moins aussi favorable que toutes autres classes de même rang et d'une manière plus favorable que les classes de rang inférieur.

Ainsi, dépasser l'opposition de certaines classes suppose de préserver le principe d'égalité qui n'est pas conçu de manière absolue mais relative.

En conclusion, les organisatrices ont eu parfaitement raison d'intégrer la dimension européenne du thème de l'égalité des créanciers dans ce programme, même si de prime abord, les marques de ce principe fortement chahuté n'étaient pas évidentes.

6 Dir. n° 2019/1023/UE du PE et du Cons., 20 juin 2019 relative aux cadres de restructuration préventive, à la remise de dettes et aux déchéances, et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes, et modifiant la dir. n° 2017/1132/UE (directive sur la restructuration et l'insolvabilité), art. 9.

7 Dir. n° 2019/1023/UE du PE et du Cons., 20 juin 2019 relative aux cadres de restructuration préventive, à la remise de dettes et aux déchéances, et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes, et modifiant la dir. n° 2017/1132/UE (directive sur la restructuration et l'insolvabilité), art. 10.

L'égalité des créanciers face à la procédure collective de leur débiteur : rapport de synthèse ^{117h3}

« L'égalité, cette chimère de vilains, n'existe qu'entre nobles »
(Jules Barbey d'Aurevilly)

François-Xavier Lucas

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

Le principe d'égalité n'a pas en droit des procédures collectives la portée qu'on croit parfois devoir lui reconnaître. La discipline collective inhérente à l'effet de saisie qui s'attache à tout jugement d'ouverture est une clé de compréhension autrement utile pour saisir la logique qui gouverne ces procédures. Pour autant, le principe d'égalité n'est pas totalement dépourvu de portée. Il trouve à s'appliquer mais seulement à des catégories homogènes de créanciers, c'est-à-dire à des créanciers se trouvant dans une situation semblable, ce qui est logique puisque, selon l'expression consacrée, le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que l'on règle de façon différente des situations différentes.

A l'origine, c'est une idée chrétienne. C'est Saint Paul qui proclame, dans son épître aux Galates, cette idée révolutionnaire d'une égalité parfaite entre les hommes au-delà des différences humaines. « Il n'y a plus ni Juif ni Grec, il n'y a plus ni esclave ni homme libre, il n'y a plus ni homme ni femme ; car tous vous êtes un en Jésus Christ. » (Ga. 3 : 28). L'idée est belle. Devenue un idéal quand ce n'est pas un programme politique, l'égalité est aussi un sujet qui déchaîne les passions. On a fait des révolutions pour cela, coupé des têtes en son nom. Elle est aujourd'hui proclamée de différentes manières, en particulier par l'article 6 de la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 qui dispose que « la loi doit être la même pour tous ».

Toute la difficulté lorsqu'il est question d'égalité est d'avoir à en apprécier la portée. La règle qu'expriment les textes qui la consacrent n'a rien d'un absolu et toute l'œuvre législative illustre la nécessité de procéder à des distinctions, à consacrer des discriminations, c'est-à-dire des différences de traitement, pourvu qu'elles reposent sur des critères objectifs et rationnels au regard de l'objectif recherché par le législateur. Tout est dit et bien dit par la jurisprudence du Conseil constitutionnel, pour qui « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit ». Cette autorisation de déroger à l'égalité a une importance considérable en matière de procédures collectives puisque le législateur en use et en abuse. La loi ne cesse d'instituer des différences de traitement entre les créanciers dès qu'il est question de faillite. Le livre VI institue un vrai mille-feuille de catégories de créanciers hiérarchisés, au point que l'on est tenté d'affirmer qu'il n'y a pas de droit plus étran-

ger à l'idée d'égalité que ce droit de la faillite dont c'est l'objet même que d'instituer des discriminations et de procéder à des classements.

Pourtant et sans qu'il s'agisse le moins du monde d'un paradoxe, on peut affirmer que l'égalité règne dans les procédures collectives. Il suffit de comprendre le sens du terme, ce à quoi Augustin Aynès nous a magnifiquement aidé en nous livrant sa contribution, qui fera date désormais. Elle dissipe un malentendu au sujet d'un prétendu principe d'égalité, dont il ne résulte évidemment pas que les créanciers doivent être tous traités de la même façon. Pas question d'égalité arithmétique entre les créanciers (1) donc, mais le droit de la faillite n'en rend pas moins le plus bel hommage à l'égalité, à condition de préciser que c'est alors d'égalité distributive qu'il s'agit (2), celle qui consiste à accorder à chacun ce qui lui est dû en fonction de causes de préférence ayant été instituées.

1. Dénoncer la chimère de d'égalité arithmétique, c'est reconnaître que les créanciers ne sont pas placés sur un même pied et qu'il n'y a pas d'égalité devant le malheur qu'est la faillite du débiteur. Vue comme un laminoir niveleur, l'égalité n'existe pas. Elle est un leurre, une fausse piste, au mieux un slogan commode pour exprimer les rigueurs de la loi du concours, mais certainement pas une pierre angulaire du droit de la faillite. Comme l'a écrit Michel Cabrillac, c'est un expédient plus qu'un principe. Dans la plupart des cas, on peut se dispenser de toute référence à l'égalité pour lui préférer des références moins datées à la discipline collective ou à l'effet réel de la procédure collective, qui suffisent à expliquer un certain alignement du traitement des créanciers sans en appeler à un principe d'égalité des créanciers. Car il n'y a pas, il n'y a jamais eu et il n'y aura jamais de principe général d'égalité entre les créanciers que ce soit dans ou hors la procédure collective.

Ce que l'on croit être de l'égalité, c'est en fait la manifestation de la discipline collective gouvernant l'accès au gage commun des créanciers. Dès le jugement d'ouverture les créanciers vont souffrir différentes atteintes à leurs droits. Tous, ou peu s'en faut, sont soumis à l'obligation de déclarer leur créance, subissent la règle de l'arrêt des paiements, des poursuites et du cours des intérêts. Tous subissent la loi du concours, dont il résulte que le paiement ne peut plus intervenir que dans le cadre des répartitions ou du plan, c'est-à-dire dans un cadre ordonné et collectivisé, d'où l'expression de procédure collective. Cela ne suffit toutefois pas à affirmer que les créanciers seraient gouvernés par un principe d'égalité.

Nicolas Borga nous a rappelé que, à l'époque où les créanciers munis de sûretés réelles échappaient à la masse, on pouvait parler de principe d'égalité entre les créanciers subissant les effets de la faillite. Mais cette proposition revient à dire que le seul principe d'égalité qui vaille entre les créanciers s'impose aux créanciers chirographaires, payés au marc-le-franc, et qui découle de l'article 2285 du Code civil lorsqu'il évoque un paiement par contribution, sauf à relever que ce principe est étendu par la loi – pour s'appliquer à tous les créanciers, y compris privilégiés donc – lorsqu'il s'agit de répartir le produit d'une action en comblement de passif (C. com., art. L. 651-2, al. 4), solution parfaitement injustifiable au demeurant et que l'on gagnerait à abroger. Cette règle étrange est à vrai dire la seule qui impose une vraie égalité entre tous les créanciers.

À présent que tous les créanciers subissent à des degrés divers les conséquences de la faillite de leur débiteur, il ne peut être question d'égalité. Bien au contraire, la procédure collective pourrait être définie comme la procédure ayant pour objet de hiérarchiser l'accès au gage commun des créanciers en tenant compte des causes de préférence existant entre eux. Tel est l'objet de toute répartition qui intervient à l'issue d'une liquidation judiciaire et tel sera demain le rôle du mandataire de justice qui constituera des classes de créanciers, au sens de la directive du 20 juin 2019, lesquelles seront par nature hiérarchisées et étrangères à toute idée d'égalité.

Le législateur a établi des causes de préférence, des faveurs, des motifs de préférer tel ou tel. La faillite est l'occasion d'assurer le respect de ces hiérarchies et les praticiens de la procédure collective passent le plus clair de leur temps à distinguer des catégories de créanciers, pour réserver aux unes et aux autres un traitement différent. Dès qu'un privilège est institué ou qu'une sûreté réelle est accordée, cela aboutit à reconnaître une cause de préférence qui fait échapper son bénéficiaire à la loi du concours. Tel est d'ailleurs

l'objet de cette branche du droit qu'est le droit des sûretés que d'organiser une discrimination entre les créanciers. Cette rupture d'égalité peut être admise au nom de la liberté contractuelle, lorsqu'une sûreté réelle est accordée. Elle peut aussi être admise au nom de l'intérêt général, celui que le législateur considère lorsqu'il consacre un privilège au bénéfice de telle ou telle catégorie de créanciers, qu'il s'agisse du voiturier, du commissionnaire, du bailleur, du prêteur de deniers, du salarié, etc. À chaque fois, c'est un choix de politique juridique qui est posé. Augustin Aynès l'a bien fait apparaître à propos des créances postérieures utiles. Le traitement de faveur dont elles bénéficient ne traduit pas une rupture d'égalité mais une nécessité de distinguer découlant du fait que le créancier postérieur utile, au sens de l'article L. 622-17 du Code de commerce, présente une qualité, celle d'avoir contribué au financement de la poursuite d'activité ou de la procédure. Mais cela suppose que le critère de distinction corresponde à la finalité de la règle, ce qui est le cas depuis l'heureuse limitation du bénéfice du privilège, par la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, aux créances utiles. L'observation est toutefois moins exacte lorsque le débiteur se trouve soumis à une liquidation judiciaire. On peut alors se demander si la cause de préférence ainsi instituée présente encore une quelconque légitimité.

Il a aussi été souligné que l'absence d'égalité entre les créanciers n'apparaît pas qu'en matière de classement, résultant des causes de préférence établies par la loi ou le contrat. Certains sont soustraits à la discipline collective pour avoir le droit d'être payés, là où les autres ne le sont pas. Les salariés, les créanciers éligibles au privilège de la conciliation (C. com., art. L. 611-11) ou de la procédure (C. com., art. L. 622-17), les créanciers d'aliments, les créanciers saisissant l'immeuble insaisissable, le rétenteur ou le créancier qui peut faire jouer la compensation sont autant de créanciers placés en position d'échapper à la règle de l'arrêt des paiements et qui, ainsi, ne sont pas à égalité devant le malheur qui frappe la collectivité des créanciers du fait de la faillite de leur débiteur.

Enfin, face aux risques que représente pour eux l'adoption d'un plan qui porterait atteinte à leurs droits, les créanciers sont traités d'une manière qui est tout sauf égalitaire. Certains ne pourront rien se voir imposer, qu'il s'agisse de créances salariales privilégiées, de « petites créances », comme on dit joliment – celles dont le montant est inférieur à 500 € – ou de celles qui sont garanties par le privilège de la conciliation. D'autres échapperont à la loi de la majorité qui règne dans les comités puisque leurs titulaires seront dispensés d'y siéger. D'autres encore subiront cette loi majoritaire et les risques qu'elle fait courir aux créanciers

mais ils la subiront dans une mesure variable puisque l'administrateur judiciaire, chargé de faire fonctionner les comités, se voit reconnaître par l'article L. 626-30-2, alinéa 4, du Code de commerce le pouvoir de moduler les droits de vote des créanciers parties à une convention de vote ou de subordination ou bénéficiant d'une garantie de paiement par un tiers.

2. Faire apparaître que l'égalité arithmétique entre les créanciers est étrangère aux procédures collectives ne suffit pas à bannir l'idée d'égalité, à condition de comprendre que c'est alors d'égalité distributive qu'il s'agit, celle qui conduit à rendre à chacun selon son dû et à ne traiter sur un pied d'égalité que les créanciers appartenant à une catégorie homogène. Cette égalité-là va aboutir à distinguer les créanciers chirographaires et les privilégiés, et, parmi ces derniers, à hiérarchiser les créances, de façon à réserver aux membres des catégories ainsi identifiées – ces classes de créanciers, dirons-nous bientôt – un traitement équivalent.

Certes, cette égalité distributive est méconnue par l'article L. 626-18, alinéa 4, du Code de commerce lorsqu'il prévoit que le tribunal impose des délais uniformes de paiement aux créanciers qui n'ont consenti ni remise ni délai au débiteur. La règle est choquante car elle méconnaît les différences de situation existant entre les créanciers et le fait qu'il n'y a pas de plus grand outrage à l'égalité que de réserver un traitement semblable à des créanciers se trouvant dans une situation différente. Mais à l'inverse, le plus bel hommage rendu à l'égalité distributive qui doit régner entre les créanciers est celui qu'exprime l'article L. 626-30-2, alinéa 2 du Code de commerce lorsqu'il indique qu'un projet de plan soumis au vote des comités de créanciers « peut établir un traitement différencié entre les créanciers si les différences de situation le justifient » et que ce projet de plan « prend en compte les accords de subordination entre créanciers, conclus avant l'ouverture de la procédure ».

Toute la question est alors de savoir jusqu'où l'on peut aller dans cette acceptation d'un traitement différencié entre les créanciers en considérant qu'une différence de situation le justifie. Faut-il considérer qu'il doit s'agir de différences de situation objectives, telles celles qui résultent des causes de préférence qu'évoque l'article 2285 du Code civil ou bien peut-on admettre une approche plus subjective ? Une différence de

traitement pourrait alors être admise au profit d'une certaine catégorie de créanciers non pas tant à raison de la nature de leurs droits mais en contemplation du comportement qu'ils adoptent. C'est ainsi qu'a raisonné la cour d'appel de Paris¹ lorsqu'elle a admis que le banquier qui apporte de nouveaux concours doit pouvoir être payé selon des délais plus brefs que celui qui cesse de financer le débiteur, ce qui revient à consacrer la prise en compte d'un critère subjectif pour faire bénéficier un créancier ou une catégorie de créanciers d'un traitement plus favorable.

Pour conclure, on se demandera ce que deviendront ces discriminations admises par le droit des procédures collectives. Certaines sont arbitraires et l'on peut pronostiquer leur disparition. C'est le cas de l'attribution judiciaire du bien offert en garantie, dont Augustin Aynès nous a convaincu qu'il n'y a aucune raison de la réserver aux seuls bénéficiaires de sûretés mobilières. D'autres pourraient à l'inverse faire leur apparition. Ce sera le cas si l'on reconsidère les solutions qui ont cours en matière de revendication d'une somme d'argent pour suivre la préconisation de Thomas Le Gueut de ne pas écarter d'un revers de main cette idée que certaines sommes détenues par le débiteur doivent échapper à l'effet réel de la procédure collective. Ce sera le cas également si l'on suit la suggestion de Nicolas Borga de s'inspirer du sort réservé au créancier bénéficiaire d'une fiducie-sûreté pour soumettre les propriétaires à la discipline collective en distinguant selon que leur bien est ou non utile à l'exploitation. Si tel n'est pas le cas, le créancier doit pouvoir exercer son droit de propriété. Si, à l'inverse, le bien est utilisé par l'entreprise qu'il s'agit de restructurer, le droit de propriété doit être neutralisé durant la période d'observation et au cours de l'exécution du plan. On voit quelle conséquence spectaculaire une telle analyse emporterait pour les vendeurs à crédit bénéficiant d'une clause de réserve de propriété puisqu'elle pourrait aboutir à obliger ces propriétaires à revendiquer leur bien dès l'ouverture de la procédure collective, tout en reportant la récupération à l'issue de la procédure si celle-ci n'est pas liquidative.

¹ CA Paris, 11 mai 2016, n° 16/03704, *Ludendo* : BJE juill. 2016, n° 113q4, p. 241

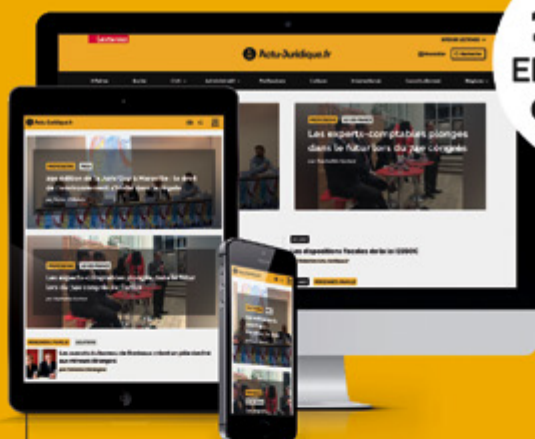
NOUVEAU



Actu-Juridique.fr

Le quotidien du droit et de la vie de l'entreprise

Chaque jour, pour vous, professionnel du droit ou du chiffre,
Actu Juridique sélectionne et décrypte l'information
- nationale et régionale - essentielle à votre pratique.



**100 %
EN LIGNE &
GRATUIT**

Profession du droit • Droit général • Droit européen et international
Actualité de l'action publique territoriale • Économie d'entreprise
Enjeux juridiques de l'actualité...

Actu Juridique, UN SAVOIR-FAIRE DE

Lextenso

SUIVEZ-NOTRE ACTUALITÉ SUR



@actujuridique.fr



@ActuJuridiqueFR

JE VOUDRAIS **REMERCIER** MON ADMINISTRATEUR JUDICIAIRE

d'utiliser la base juridique Lextenso et son **Pack Entreprises en difficulté**. Il fait preuve de plus de maîtrise face aux imprévus de mon dossier. Il est davantage disponible pour m'écouter et me répondre. **Bref, il assure.**

Grâce à lui mon entreprise a été sauvée et c'est ma vie privée qui y gagne aussi.

Alors, encore merci Marc !

Cécile, dirigeante à Lille

La Base**Lextenso**



Le Droit à la simplicité