

65 Le paiement de dettes connexes et le principe d'égalité des créanciers : l'éternelle incompatibilité

L'article L. 622-7 du Code de commerce offre aux créanciers du débiteur en difficulté une exception à l'interdiction des paiements : le paiement par compensation des créances connexes. Ce lien de connexité aux contours flous permet au créancier de se soustraire à la procédure collective et entraîne l'appauvrissement concomitant du patrimoine du débiteur. En outre, cette disposition semble pouvoir être contestée au regard des principes constitutionnels d'égalité devant la loi et de prévisibilité de la loi. De même, cette exception de connexité semble peu compatible avec l'article 6 du règlement (CE) n° 1346/2000 du 29 mai 2000.

Jean-Emmanuel Kuntz
Avocat au barreau de Paris
Kuntz & Associés

Valentine Nurit
Stagiaire au cabinet Kuntz & Associés

1. L'article L. 622-7 du Code de commerce dispose : « Le jugement ouvrant la procédure emporte, de plein droit, interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture, à l'exception du paiement par compensation de créances connexes. »
2. Au traditionnel principe de l'interdiction des paiements après l'ouverture de la procédure collective est donc apportée au moins une exception, celle du paiement des créances connexes.
3. Créée par la jurisprudence sous l'empire de la loi de 1967, la pratique a été reconduite, malgré l'impérativité de l'article 33, sous l'empire de la législation de 1985¹, par deux arrêts abondamment commentés du 19 mars 1991² et du 2 mars 1993³.
4. La consécration législative est alors intervenue par la loi n° 94-475 du 10 juin 1994 qui a complété l'article 33 de la loi de 1985 en ajoutant : « cette interdiction ne fait pas obstacle au paiement par compensation des dettes connexes ». L'exception figure aujourd'hui à l'article L. 622-7 du Code de commerce qui mentionne « le paiement par compensation de créances connexes ».
5. La formule est concise, voire succincte. Que contient la notion de connexité ? Quelles sont ses limites ? Il semble aujourd'hui bien difficile de répondre à ces deux questions, tant la notion paraît floue, au moins en jurisprudence.
6. Cette imprécision est source d'incertitudes qui se révèlent en premier lieu préjudiciables au débiteur en situation de difficulté. En effet, le débiteur failli présente des difficultés plus ou moins avancées de trésorerie que le principe d'interdiction des paiements entend aider à résoudre. La possibilité d'un paiement de créances connexes ouvre un risque sérieux de diminution sensible et immédiate de cette trésorerie en bloquant l'arrivée d'argent frais par le jeu de la compensation.
7. L'application concrète de l'exception de connexité n'est donc pas sans incidence sur le financement de la période d'observation ni sur l'issue de cette dernière puisqu'elle conduit à payer, pendant la période d'observation, voire pendant l'exécution du plan, un créancier quelconque, par priorité sur tous les autres, et sans égard pour les règles de répartition habituelles. Apparaît alors une certaine inadéquation entre l'impact potentiel de cette exception et la relative imprécision quant à ses critères de mise en œuvre.
8. En outre, le processus de paiement par compensation des créances connexes aboutit clairement à rompre l'égalité normalement de mise entre créanciers de même rang. À ce titre, la conformité de l'article L. 622-7 du Code de commerce avec les droits et libertés garantis par la Constitution est loin d'être assurée, même si la Cour de cassation, saisie de cette question par voie de question prioritaire de constitutionnalité, ne l'a pas jugée sérieuse et n'en a pas saisi le

1 V. notamment P. Legras de Grancourt, « L'interdiction ou la licéité de la compensation en cas de procédure collective de l'une des parties » : Rev. proc. coll. 1990, p. 119 ; J.-F. Montredon, « La compensation de dettes connexes après le jugement déclaratif peut-elle survivre à la loi du 25 janvier 1985 » : JCP G 1991, I, 3480.

2 Cass. com., 19 mars 1991, n° 89-17083 : JCP E 1991, 174 note D. Legeais ; JCP N 1992, II, 92 note J.-F. Montredon ; RTD civ. 1991, p. 743 note J. Mestre ; RTD com. 1991, p. 454, note A. Martin-Serf ; D. 1992, somm. p. 256, obs F. Derrida ; Rev. proc. coll. 1991, obs. C. Saint-Alary-Houin.

3 Cass. com., 2 mars 1993, n° 91-10187 : JCP E 1994, II, 535, note J.-F. Montredon ; RTD com. 1995, p. 196, note A. Martin-Serf ; D. 1993, jur. p. 426, note M. Pédamon.

Conseil constitutionnel⁴. Pourtant, aucune justification en lien avec le bon fonctionnement de la procédure ne peut être avancée au soutien de l'exception de compensation qui introduit de ce fait inutilement un cas de rupture d'égalité des créanciers.

9. La compensation de dettes connexes apparaît donc d'abord comme une exception pénalisante pour le sauvetage du débiteur en difficulté (I), mais aussi, au-delà des aspects purement pratiques, comme une exception contraire aux droits et libertés garantis par la Constitution (II).

I - Une exception pénalisante pour le sauvetage de l'entreprise

10. Si les critères de la compensation pour dettes connexes diffèrent de ceux nécessaires à la compensation légale et que la première est dépourvue du caractère automatique de la seconde, la compensation des créances connexes produit cependant les mêmes effets.

11. Elle peut alors s'apparenter à un paiement puisqu'elle produit le même effet d'extinction des créances réciproques des parties. Dans cette perspective, l'admission de la compensation peut d'abord paraître avantageuse puisqu'elle permet de régler rapidement le sort de certaines créances impayées.

12. Cependant, la compensation développe également un certain pouvoir de nuisance puisqu'elle appauvrit considérablement la trésorerie déjà bien affaiblie du débiteur en procédure collective en le privant essentiellement d'une entrée de liquidités pourtant bien utile pour financer tant la période d'observation que le plan qui, il faut le souhaiter, en sera l'issue.

13. En effet, la trésorerie, notamment grâce au crédit, est une nécessité cruciale pour l'entreprise en phase de difficulté. Comment envisager une sortie de crise et un paiement organisé des autres créanciers si le débiteur se trouve dépourvu de toute liquidité ou de fournisseurs prêts à l'accompagner ?

14. Il ne faut pas perdre de vue que le jeu de la compensation favorise considérablement le créancier qui en bénéficie, sans que ce dernier ait à rendre une quelconque contrepartie. Ainsi, bien que la Cour de cassation, dans son rapport annuel pour 1991⁵, justifie le paiement par compensation de dettes connexes par « une puissante raison d'équité », l'argument ne doit pas être surestimé. En effet, la pratique montre que les créances détenues par les créanciers antérieurs à l'ouverture de la procédure collective sont le plus

souvent et, fort logiquement, le résultat d'un courant d'affaires entre le débiteur et ses créanciers qui sont successivement créancier et débiteur de ce dernier.

15. La situation du créancier soumis au principe de l'interdiction des paiements ne diffère alors pas véritablement de celle du créancier qui bénéficie du paiement immédiat des créances connexes qui est lui aussi en relation d'affaires suivie avec le débiteur. De ce fait, la justification tenant à l'équité du mécanisme de compensation se trouve très limitée dans sa portée et ne paraît pas suffisante pour justifier la différence de traitement avec les autres créanciers.

16. En outre, une réflexion sur les mécanismes fondamentaux des procédures collectives conduit nécessairement à la condamnation de l'argument d'équité mis en exergue par la Cour de cassation.

17. En effet, aux fondements de la règle de l'interdiction des paiements des créances antérieures et de son corollaire, l'interdiction des poursuites individuelles, se trouve le dispositif déterminant de toute procédure collective : l'appréhension collective du patrimoine du débiteur failli.

18. L'objet de toute procédure collective est ainsi fondamentalement d'organiser l'appréhension collective de l'actif du débiteur, pour parvenir au désintéressement organisé et cohérent de ses créanciers. Pour ce faire, la nécessité première d'interdire au débiteur de payer un créancier antérieur plutôt qu'un autre apparaît évidente. Il s'agit ici de geler le passif du débiteur afin d'en permettre un apurement organisé, par l'adoption d'un plan de sauvegarde ou de redressement ou par la réalisation de l'intégralité des actifs.

19. Quelle que soit l'issue de la procédure, la règle de l'interdiction des paiements des créances antérieures se trouve donc justifiée par la nécessité de soumettre à un régime commun l'ensemble des créanciers antérieurs, dont le maintien des droits de poursuite individuelle empêcherait toute gestion globale des difficultés du débiteur.

20. Or, en faisant valoir l'exception compensatoire de connexité, le créancier, bien que créancier antérieur souvent dépourvu de sûreté, se trouve purement et simplement exclu de la procédure collective puisqu'il ne participera ni à l'adoption du plan ni aux répartitions issues de la réalisation des actifs du débiteur.

21. La compensation confère ainsi au créancier un atout considérable puisqu'il n'aura jamais à subir la discipline collective. L'exclusion dont il va bénéficier paraît alors fondée sur une justification bien faible : l'existence d'un lien de connexité entre sa créance et celle détenue par le débiteur à son égard.

⁴ Cass. com., 14 sept. 2010, n° 10-40022.

⁵ Rapp. Cass. 1991, p. 314 à p. 317.

22. À ce stade, l'envie est grande de comparer le créancier titulaire d'une créance connexe au créancier saisissant dans le cadre d'une saisie-attribution. En effet, tout comme la saisie-attribution, l'exception de connexité va provoquer un effet attributif immédiat d'une créance du débiteur, en l'occurrence, celle que ce dernier détient contre le créancier.

23. Par l'appréhension de la créance inverse que le débiteur détient contre lui, le créancier bénéficiaire de la compensation va pouvoir éteindre sa propre créance, nonobstant la règle de l'interdiction des paiements des créances antérieures.

24. L'existence d'un lien de connexité entre les créances place même le créancier dans une position plus favorable que celle d'un créancier saisissant. En effet, outre l'absence totale de formalisme qui entoure la compensation, force est de constater qu'en présence d'une procédure collective, le seul critère de sa mise en œuvre est la connexité. Ainsi, nul besoin de démontrer l'existence d'une créance liquide et exigible, revêtue d'un titre exécutoire, à l'instar du créancier saisissant, puisqu'un simple lien de connexité suffit pour appréhender la créance du débiteur et par l'effet extinctif qui en résulte, pour sortir de la procédure collective.

25. Le mécanisme de la compensation se révèle donc un procédé particulièrement puissant et pourtant très peu encadré puisqu'aucune diligence, hormis la déclaration de sa créance, n'est requise de la part du créancier, et que, contrairement à la compensation légale de droit commun, l'exigence d'une créance liquide et exigible est écartée.

26. L'argument de l'équité paraît ici bien faible eu égard aux effets hors norme de la compensation de créances connexes.

27. *A fortiori*, il est clair que contrairement aux autres créanciers bénéficiant d'un régime privilégié, tel que celui du privilège de *new money*, le créancier bénéficiant de la compensation n'apporte pas son soutien au débiteur en difficulté. Il ne fait en somme que revendiquer un paiement par priorité qui s'accorde mal avec les principes directeurs de la loi de sauvegarde, qui font passer la poursuite de l'activité et le maintien de l'emploi avant le paiement des créanciers.

28. Cette entrave à la reconstitution de la trésorerie du débiteur est d'autant plus fâcheuse que la jurisprudence fait aujourd'hui preuve d'un certain laxisme quant à l'établissement de la connexité.

29. Ainsi, la connexité a d'abord été limitée aux créances issues d'un même contrat synallagmatique⁶. Mais cette jurisprudence restrictive a rapidement été assouplie par la chambre commerciale de la Cour de cassation qui a alors admis la compensation de créan-

ces résultant du développement d'une même relation d'affaires ou d'une opération économique globale⁷. Cette notion, en ce qu'elle est susceptible de recouvrir une infinité de situations, a permis une extension considérable de la notion de créances connexes éligibles à la compensation.

30. La perméabilité de la notion de dettes connexes crée ainsi une situation inéquitable entre les créanciers bénéficiant de la compensation et ceux assujettis à l'interdiction des paiements, sans que les contours de ces deux groupes puissent être clairement définis.

31. Une telle exception apparaît alors contraire aux droits et libertés garantis par la Constitution.

II - Une exception contraire aux droits et libertés garantis par la Constitution et au règlement (CE) n° 1346/2000

32. Le principe directeur de l'égalité des créanciers doit normalement se traduire, en cas de procédure collective, par un traitement similaire de tous les créanciers, à tout le moins appartenant à la même catégorie. Ce principe découle directement de l'application des articles 1^{er} et 6 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen au monde des affaires et plus spécifiquement à la gestion des entreprises en difficulté.

33. L'égalité devant la loi, garantie constitutionnellement, se trouve appréhendée par le droit des procédures collectives sous la forme de l'égalité des créanciers antérieurs face à l'ouverture de la procédure et au traitement de leur créance à l'issue de la procédure. Si l'article L. 626-30-2 du Code de commerce permet un traitement différencié des créanciers en comité, c'est à la condition que « les différences de situation le justifient ». La règle du traitement homogène des créanciers, au moins par catégorie, n'est donc pas atteinte.

34. Ainsi, tout créancier doit se conformer à la loi de la procédure collective, et ne doit bénéficier d'aucun avantage injustifié sur ses co-créanciers. Tel n'est évidemment pas le cas du créancier dont les créances sont reconnues connexes à celles du débiteur qui va ainsi bénéficier d'un paiement par priorité, à hauteur de la plus faible des dettes. Ce paiement « anticipé », outre qu'il freine le sauvetage de l'entreprise, est surtout vecteur d'une inégalité flagrante entre les créanciers antérieurs.

6 Ainsi, à titre d'exemple, Cass. 1^{re} civ., 11 juill. 1958 : D. 1958, somm. p. 561 - Cass. com., 13 févr. 1979 : Bull. civ. 1979, IV, n° 58.

7 V. notamment Cass. com., 19 mars 1991, n° 89-17083 préc. - Cass. com., 5 avr. 1994, n° 92-13989 - Cass. com., 12 déc. 1995, n° 93-20620.

35. En effet, le créancier bénéficiaire de la compensation va pouvoir être payé sans égard pour l'ordre des répartitions instauré par la loi de sauvegarde ni pour les sûretés et autres garanties des autres créanciers. Un simple créancier chirographaire de dernier rang pourra donc se voir payé par priorité du simple fait de la connexité de ses créances avec celles du débiteur, notion qui, on l'a vu, est très abstraite et somme toute caractéristique de toutes les relations d'affaires du débiteur ou presque.

36. Cette situation est directement en porte-à-faux avec les principes constitutionnels de la V^e République et ne répond pas au besoin de l'intérêt commun des participants à la procédure collective. En effet, il faut remarquer sur ce point que le Conseil constitutionnel est déjà intervenu, lors de son examen *a priori* des dispositions de la loi du 25 janvier 1985 et de la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde, pour rappeler 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 avec l'objet de la loi qui l'établit⁸ ».

37. Cependant, il ne nous semble pas que les conditions posées par le Conseil constitutionnel pour déroger au respect de l'égalité des créanciers soient réunies s'agissant des dettes connexes de l'article L. 622-7 du Code de commerce. Ainsi, il n'existe aucune différence de situation entre le créancier bénéficiaire de la compensation et les autres créanciers antérieurs. Le premier n'a pas titre particulier à être payé en priorité par rapport aux seconds. Le paiement par compensation ne sert aucun intérêt général supérieur et paraît même, à l'inverse, plutôt entraver l'intérêt général de sauvetage de l'entreprise en difficulté. Les motifs de dérogation au principe d'égalité démontrent clairement l'inutilité voire l'absurdité de l'usage du mécanisme de compensation dans le cadre des procédures collectives.

38. Tel n'est pourtant pas l'avis de la chambre commerciale de la Cour de cassation qui, saisie d'une question prioritaire de constitutionnalité relative à l'article L. 622-7 du Code de commerce, l'a rejetée de la façon la plus expéditive, affirmant péremptoirement que « la question posée, relative à l'exception du paiement par compensation des créances connexes, ne présente pas de caractère sérieux au regard des exigences qui s'attachent aux dispositions, règles et principes de valeur constitutionnelle invoqués ».

39. En quoi la question de la constitutionnalité de l'article L. 622-7 du Code de commerce n'est-elle pas sérieuse ? Nul ne le sait, faute pour la haute juridiction d'apporter plus de motivation à sa décision de rejet. Faut-il en déduire un certain malaise de la part des magistrats de la chambre commerciale ? Sans doute.

Les réticences de la Cour de cassation à transmettre des questions prioritaires de constitutionnalité ne sont un secret pour personne et l'arrêt du 14 septembre 2010, plus que succinct, en est une nouvelle fois la preuve.

40. Ces réticences étaient sans doute exacerbées par le contexte législatif de l'adoption imminente de la loi n° 2010-1249 dite de régulation bancaire et financière du 22 octobre 2010 qui insère dans le livre VI du Code de commerce les dispositions relatives à la procédure de sauvegarde financière accélérée. À quelques semaines de l'adoption de dispositions mettant fin au caractère collectif de la procédure de sauvegarde, n'y avait-il pas un risque à soumettre aux sages de la rue de Montpensier une question relative à la constitutionnalité d'une disposition portant exception au principe d'égalité ?

41. Pourtant, les difficultés posées par l'exception de paiement des créances connexes figurant à l'article L. 622-7 du Code de commerce sont réelles et la nécessité d'un tel mécanisme dans le cadre des procédures collectives apparaît des plus discutables.

42. Tel est également le sentiment qui domine à la lecture du règlement communautaire n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, et plus particulièrement de son article 6 qui dispose : « L'ouverture de la procédure d'insolvabilité n'affecte pas le droit d'un créancier d'invoquer la compensation de sa créance avec la créance du débiteur, lorsque cette compensation est permise par la loi applicable à la créance du débiteur insolvable. »

43. La formule « n'affecte pas le droit d'un créancier » laisse entendre que la compensation doit être acquise antérieurement à l'ouverture de la procédure collective pour conserver ses effets. En d'autres termes, l'article 6 du règlement (CE) n° 1346/2000 ne s'oppose pas au jeu de la compensation légale intervenue avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et simplement constatée par les organes de la procédure. En revanche, ces dispositions n'organisent pas de droit à la compensation spécifique aux procédures collectives, tel que figurant à l'article L. 622-7 du Code de commerce.

44. Rien de surprenant à cela, au regard des rapports conflictuels que ce mécanisme entretient avec le caractère collectif des procédures d'insolvabilité. L'intrusion de la compensation de dettes connexes dans la mise en œuvre de stratégies de préservation de l'entreprise est inopportune et perturbatrice. La stricte limitation de son efficacité, dans le règlement communautaire, aux situations acquises préalablement à l'ouverture de la procédure ne peut qu'être saluée, entraînant, sans doute, la condamnation du mécanisme instauré à l'article L. 622-7 du Code de commerce.

8 Cons. const., 18 janv. 1985 n° 84-183 DC - Cons. const., 22 juill. 2005 n° 2005-522 DC.