

TOULOUSE
CAPITOLE
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

CRÉANCES POSTÉRIEURES

JULIEN THÉRON ET STÉPHANE HOAREAU

Référence de publication : BJE janv. 2017, n° 114d2, p. 60

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

CRÉANCES POSTÉRIEURES

Sur un plan pratique, il est tentant de jouer avec le flou ou la souplesse qui semble exister dans la distinction entre les hypothèses relevant de la procédure d'ordre de celles relevant du paiement des créances à échéance. Pour autant, la frontière entre paiement à échéance et paiement selon l'ordre est-elle réellement poreuse ? N'existe-t-il pas un critère permettant de déterminer le moment à partir duquel la procédure d'ordre doit être respectée ? À partir de quel moment le professionnel doit-il refuser de payer à échéance ?

Si l'expression « créanciers méritants » est courante, il est fort probable que la vertu ne soit pour rien dans le mécanisme qui sous-tend celui des créances postérieures privilégiés. D'abord, parce que nombre de créanciers postérieurs privilégiés n'ont nullement choisi cette situation. Elle leur est imposée à l'instar de créanciers de contrats en cours au moment de l'ouverture de la procédure. Il n'y a aucune vertu à supporter une situation imposée. Ensuite, parce que les créanciers qui choisissent délibérément de se lier à l'entreprise en difficulté ne le font que dans la perspective d'être réglés et non dans le but de rendre un service. Ils sont donc là par intérêt, ce qui est bien plus réaliste que de miser sur leur altruisme.

Si l'on est réaliste, ce n'est pas pour récompenser des créanciers particulièrement généreux que le droit permet de les régler plus favorablement que les autres. C'est parce que le droit fait la promesse de régler les créanciers postérieurs, ou du moins certains d'entre eux que ces derniers acceptent de contracter. Ces créanciers sont attirés par une promesse de règlement ultérieur. En procédure collective plus qu'ailleurs, chacun veille à ses intérêts.

Puisque les créanciers sont séduits par une promesse, encore faut-il que celle-ci puisse être tenue. Il y a sans doute là une problématique importante. Pour pouvoir exécuter son engagement et régler les créanciers postérieurs « méritants » encore faut-il qu'ils ne soient pas trop nombreux. « Qui promet trop tient peu »¹. Il s'agit alors dans un premier temps de sélectionner les destinataires de cette promesse². Mais une fois ceux-ci identifiés, encore faut-il dans un second temps être en mesure d'exécuter la promesse de paiement. Or, ici, point de suspense, on sait déjà qu'il vaut mieux pour eux être réglés à l'échéance que compter sur leur privilège.

Aussi, le professionnel peut-il être tenté de « séduire » certains créanciers postérieurs en leur promettant un paiement à échéance leur permettant d'être réglés avant des créanciers préférables dans le rang de classement. Toute la problématique consiste alors à déterminer le critère permettant de distinguer les hypothèses dans lesquelles il est possible d'échapper au classement de celles dans lesquelles celui-ci s'impose.

Indéniablement, une pratique dynamique des procédures collectives contraint à constater que l'ordre institué par la loi n'est pas satisfaisant (I). Aussi, il peut être tentant d'éviter son application en payant à échéance. Pour autant, aussi insatisfaisant que soit cet ordre, il est parfois impossible de l'éluder (II).

I – Un ordre insatisfaisant

Les rédactions des articles L. 622-17 et L. 641-13 du Code de commerce révèlent le choix du législateur d'enserrer, au sein d'un même texte, deux modalités de paiement de la créance aux philosophies totalement opposées.

Ainsi le paiement à l'échéance est le paiement naturel d'une activité économique en mouvement, qui génère des revenus ayant vocation à se renouveler. La procédure d'ordre, en revanche, est un paiement figé, sans doute le dernier que l'entreprise sera en mesure d'offrir à ses créanciers.

La cohabitation de ces deux notions antagonistes provoque inévitablement, au plan pratique, des tensions qui surgissent particulièrement en cas de liquidation judiciaire sans poursuite d'activité, situation a priori figée s'il en est.

Prenons le cas d'une entreprise placée en liquidation judiciaire « sèche ». Son bail est en cours au jour de l'ouverture de la procédure collective et le fonds de commerce de cette entreprise suscite de l'intérêt. Le liquidateur judiciaire va tenter de parvenir à une cession de ce fonds.

L'entreprise ne dispose cependant d'aucune trésorerie ; le liquidateur n'est donc pas en mesure de payer les loyers post-liquidation. Il escompte cependant réaliser le fonds dans des conditions satisfaisantes pour les créanciers qu'il représente.

Ces loyers doivent en théorie être payés à l'échéance car « nés pour les besoins du déroulement de la procédure », en l'occurrence pour permettre la réalisation du fonds.

Au bout de trois mois, une vente est conclue pour la somme de 25 000 €. Or, le Fonds national de garantie des salaires (FNGS) a avancé, pour des salaires dus antérieurement à l'ouverture de la procédure collective, la somme de 30 000 €. Trois mois de loyer, à 5 000 € le mois, se sont écoulés, soit une dette L. 622-17 à l'égard du bailleur de 15 000 €.

Dès lors de deux choses l'une :

soit le liquidateur suit strictement l'ordre et il verse la totalité du prix de vente au FNGS.

soit en considération de la nécessité de payer à l'échéance – le liquidateur appliquant le I plutôt que le II de l'article L. 641-13 –, il paiera 15 000 € au bailleur et 10 000 € au FNGS.

On comprend aisément le dilemme du liquidateur : soit il suit l'ordre et le bailleur peut lui en faire le reproche ; soit il fait prévaloir le paiement à l'échéance, et c'est le FNGS qui pourrait le lui reprocher.

Pour aller plus loin, on peut même penser que notre liquidateur, dans le cas de figure ci-avant décrit, considérant qu'il ne peut pas payer les loyers, n'ait d'autre choix que de rompre le bail. Quelles seraient les incidences d'un tel choix ?

à l'égard du bailleur, il générerait inévitablement des loyers postérieurs, certes pas de trois mois comme dans l'hypothèse précédente, mais au moins correspondant au temps qu'il lui aura fallu pour analyser le dossier et conclure à la nécessité de rompre le bail.

le FNGS quant à lui risque d'être encore moins payé en l'absence de réalisation du fonds.

Ici on constate à quel point la pratique, qui souhaite servir au mieux les créanciers, est parfois entravée par le texte dont les effets vont à rebours de ceux recherchés (maîtrise du passif, meilleur paiement des créanciers).

Ce constat peut être illustré à travers un second cas. À la différence de l'exemple de ci-dessus, considérons un fonds de commerce qui ne suscite aucun intérêt. Le liquidateur ne dispose toujours d'aucune trésorerie pour payer le loyer. Une application rigoureuse des textes voudrait que le liquidateur prononce la résiliation du bail immédiatement afin d'éviter la dette nouvelle.

Cette application orthodoxe ignore cependant que se trouvent toujours, à l'intérieur des locaux faisant l'objet du bail dont la résiliation doit être prononcée sur-le-champ, des actifs de l'entreprise, qui doivent être réalisés. Elle ignore aussi qu'elle expose les créanciers à un aléa : celui d'offrir au bailleur un droit de rétention sur le dit matériel et de mettre le liquidateur en difficulté dans l'exercice de sa mission. Il encourt en effet le risque de perdre purement et simplement le gage des créanciers, ne pouvant plus en disposer. Ainsi le liquidateur judiciaire se trouve confronté à une alternative : générer de la dette nouvelle de loyer (qui, peut-être, sera en partie résorbée au détriment du FNGS une fois la vente du matériel intervenue), ou perdre tout le gage des créanciers (et donc au premier chef celui du FNGS !).

Considérons enfin un dernier exemple, celui des sites à dépolluer. Le paiement de la prestation réalisée par l'entreprise de dépollution relève, selon l'ordre, du dernier rang du classement « interne », celui du III de l'article L. 622-17 du Code de commerce. Peut-on imaginer confier à une telle entreprise le soin de dépolluer un site – qui est une obligation dont le liquidateur judiciaire, en tant que « dernier exploitant », ne peut s'affranchir – pour lui dire, après prestation, que sa créance est primée par plusieurs autres ? Autant dire qu'aucun site ne serait jamais dépollué. Le liquidateur n'aura d'autre choix que de payer la prestation à l'échéance, même s'il sait que l'ordre en décide autrement.

La rigidité de cet ordre, aussi insatisfaisant soit-il, doit néanmoins s'imposer.

II – Un ordre s'imposant

Sur un plan pratique, il est tentant de jouer avec le flou ou la souplesse qui semble exister dans la distinction de ce qui relève de la procédure d'ordre ou du paiement à échéance. Pour autant, la frontière entre paiement à échéance et classement est-elle réellement poreuse ? N'existe-t-il pas un critère permettant de déterminer le moment à partir duquel la procédure d'ordre doit être respectée ?

De prime abord, on pourrait considérer que le paiement à échéance peut se faire dès qu'il y a des fonds disponibles. Le classement s'imposerait quant à lui dès lors que la somme provient de la réalisation d'actifs, en l'absence de fonds disponibles. Mais ce critère n'est pas pertinent. Qu'il s'agisse de sommes d'argent sur un compte ou d'un bien qu'il convient de réaliser, tous ces biens sont dans le droit de gage des créanciers et ont donc une égale vocation à être répartis selon le classement. La nature du bien, somme d'argent ou immeuble, n'a pas d'incidence sur son aptitude à être réparti ou non selon l'ordre. Pour reprendre les cas pratiques qui ont été posés, il n'y a aucune raison juridique qui justifie que le super

privilège ait plus vocation à être réglé sur les fonds obtenus par la réalisation d'un bien que par le versement d'une somme d'argent parfaitement disponible.

En réalité, le critère est beaucoup plus simple et même évident. Le classement doit être respecté dès qu'il existe un concours, c'est-à-dire lorsqu'il n'y a pas assez de fonds pour satisfaire tout le monde. Pour s'en convaincre, il importe de rappeler la définition du privilège. Accorder un privilège, c'est octroyer une préférence par rapport à d'autres créanciers pour être payé. Par conséquent, le privilège doit jouer dès lors que faute d'actif suffisant il est nécessaire d'accorder une préférence à certains par rapport aux autres.

Ce critère paraît perturbé par la possibilité dont disposent les créanciers de procéder à des voies d'exécution. En effet, il est acquis que le corollaire du droit au paiement à échéance réside dans la faculté dont disposent les créanciers postérieurs privilégiés d'exercer des poursuites individuelles pour assurer le recouvrement de leur créance. Il est ainsi souvent affirmé que l'ordre est mis en échec par les voies d'exécution exercées par les créanciers postérieurs privilégiés. En d'autres termes, quand bien même il n'y aurait pas suffisamment d'actif, le paiement à l'échéance l'emporterait sur l'ordre. Il est ainsi affirmé que « s'il est le premier saisissant, le créancier doit être le premier payé ». Le critère de distinction entre paiement à échéance et paiement selon le classement serait alors mis à mal et ne tiendrait pas dans la suffisance d'actif pour contenter tout le monde.

Pourtant, il importe de signaler que tel n'est pas le cas. Les arrêts ayant consacré la faculté pour un créancier d'être réglé de l'intégralité de son dû par le biais d'une voie d'exécution indépendamment de créanciers de rang préférable ont tous été rendus à propos d'avis à tiers détenteurs³ ou de saisie-attribution⁴. Or, on sait que ces voies d'exécution ont pour particularité d'avoir un effet attributif immédiat. En somme, ce n'est pas le droit à exécution, lui-même corollaire du droit au paiement à échéance, qui permet aux créanciers postérieurs privilégiés d'être réglés en dépit du classement. Cela tient à la particularité de la voie d'exécution entreprise.

Si une autre voie d'exécution est engagée, qu'il s'agisse d'une voie d'exécution mobilière ou immobilière, alors le classement pourrait avoir à s'appliquer. Mais ce classement ne s'appliquera que lorsque d'autres créanciers préférables en rang se joignent à la voie d'exécution et provoquent l'ouverture d'un ordre sur le bien saisi afin de primer le créancier diligent. À défaut, le saisissant pourrait récupérer l'intégralité de son dû.

La moralité – mais elle est connue – est que s'ils ne sont pas payés à échéance, les créanciers postérieurs privilégiés ont tout intérêt à exercer une voie d'exécution ; avec effet attributif immédiat, c'est encore mieux...

Mais le professionnel est quant à lui tenu de respecter le classement dès qu'il existe un concours. Aussi, il n'existe qu'une alternative à deux branches. S'il souhaite régler à échéance un créancier postérieur :

soit il sait qu'il dispose de l'actif suffisant pour régler l'ensemble des créanciers préférables en rang et, dans ce cas, il peut effectuer ce paiement. Ici en effet, même s'ils ne sont pas réglés sur les fonds disponibles, les créanciers de rang préférable seront réglés de la totalité de leur dû au moment de la répartition.

soit il sait que le patrimoine du débiteur n'est pas suffisant. Il doit alors respecter le classement. À défaut, il violerait la loi en préférant un créancier à l'ordre imposé par la loi.

En conclusion, ce critère de déclenchement est bien fâcheux car il ne permet pas d'honorer la promesse de paiement, faite à l'égard de certains créanciers, dont l'importance est pourtant primordiale pour la procédure ou l'entreprise qu'ils seront réglés... Ce qui nous suggère deux propositions :

inciter la jurisprudence à avoir recours au critère de l'utilité afin de limiter au maximum le nombre des privilégiés et d'augmenter leur chance d'être réglés ;

inciter le législateur à revoir le classement, améliorant notamment le sort des créances liées à la conservation ou encore à la remise en état et à la dépollution.

Notes de bas de page

1 – Imbert B., *Le jaloux sans amour*, 1781, I, 7.

2 – Les développements consacrés à cette problématique évoqués lors de la tenue du colloque n'ont pu être reproduits au sein de cet article.

3 – Cass. com., 20 juin 1989 : *Rev. proc. coll.* 1990, obs. Saint-Alary-Houin C. – Cass. com., 25 juin 1996, n° 94-20853 ; Cass. com., 13 mai 2003, n° 98-22741 ; Cass. com., 3 juin 1997, n° 95-14348 ; Cass. com., 13 nov. 2002, n° 00-11200 ; Cass. com., 17 nov. 1998, n° 96-21157.

4 – Cass. com., 26 mars 1996, n° 94-16167 ; Cass. com., 26 avr. 2000, n° 97-16953 ; Cass. com., 22 avr. 1997, n° 94-21412.