

Le conflit né de la chronologie des opérations de liquidation des actifs isolés

Angie REVEL PEDEMONS

Il y a près de quarante ans, Lafarge et Béjat dénonçaient la "gêne" représentée par les privilèges doublement généraux des salariés dans les procédures d'ordre pour les créanciers hypothécaires. Ils expliquaient qu'en fonction de la chronologie selon laquelle les différents immeubles grevés par une hypothèque étaient vendus et leur produit de réalisation distribué, certains créanciers hypothécaires allaient supporter entièrement la préséance des créances garanties par les privilèges généraux des salaires et perdre ainsi le bénéfice de leur sûreté, alors que d'autres seraient épargnés et bénéficieraient par conséquent d'un complet désintéressement de leur créance sur l'assiette de leur sûreté¹. Cette problématique liée à la chronologie des opérations de liquidation des immeubles a ressurgi quelques années plus tard, en 1987, sous la plume du Professeur Soinne, lequel dénonçait l'existence d'« *une certaine injustice à l'égard de certains créanciers hypothécaires* »². A cette date, elle apparaissait toutefois relativement marginale parce que les privilèges doublement généraux étaient peu nombreux. En effet, ceux du Code civil avaient subi l'épuration du décret du 4 janvier 1955. Seuls les privilèges doublement généraux ordinaires des salaires et des frais de justice, ainsi que le superprivilège des salaires, étaient alors susceptibles de générer une spoliation aléatoire des créanciers hypothécaires.

A une époque plus récente, face à « [l'] *incroyable prolifération* »³ des privilèges généraux en droit des procédures collectives où « *il existe davantage de causes de priorité que de fromages* »⁴, le conflit né de la chronologie des opérations de liquidation s'est aggravé. Il est devenu plus récurrent : la multiplication des privilèges généraux a entraîné l'accroissement des situations dans lesquelles la chronologie des opérations de liquidation pouvait générer une spoliation aléatoire des titulaires de sûretés préférentielles. Il est devenu plus préjudiciable en raison des sommes de plus en plus importantes garanties par ces privilèges, ce qui a conduit un auteur à envisager plus précisément cette problématique⁵. Au demeurant, on a également perçu que le conflit né de la chronologie des opérations de liquidation des actifs isolés n'affectait pas uniquement les créanciers hypothécaires mais, plus largement, l'ensemble des titulaires de sûretés préférentielles spéciales ne disposant pas de prérogative leur permettant d'échapper à la préséance des privilèges généraux dans le concours.

En liquidation judiciaire sans plan de cession, ces titulaires de sûretés préférentielles spéciales vivent sous la menace d'une épée de Damoclès. Lorsque, au hasard de la chronologie des opérations de distribution du produit de réalisation d'un bien grevé d'une sûreté préférentielle spéciale dépourvue de prérogative d'exclusivité (droit de rétention ou droit d'attribution judiciaire en propriété), le titulaire de cette sûreté se retrouve en concours avec le

¹ LAFARGE et BEJAT, « Les problèmes posés par les privilèges des salariés dans les procédures d'ordre », *Gaz. Pal.* 1983, 181.

² B. SOINNE, *Traité théorique et pratique des procédures collectives*, Litec, 1^{ère} éd., 1987, n° 1040.

³ Allocation du président FERRARI, in « L'égalité des créanciers compromise par la multiplication des privilèges », *Gaz. Pal.* 1978, p. 607.

⁴ P. LE CANNU, « Effet international de la faillite et principe d'égalité des créanciers », in *L'effet international de la faillite : une réalité ?*, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, dir. D. ROBINE et F. JAULT-SESEKE, 2004, p. 95.

⁵ F. PEROCHON et R. BONHOMME, *Entreprises en difficulté. Instruments de crédit et de paiement*, LGDJ, Coll. Manuel, 3^{ème} éd., 1997, n° 397.

titulaire d'un privilège général de rang préférable sur ce produit, le premier va être "exproprié" de l'assiette de sa sûreté et participer comme simple chirographaire aux distributions à venir⁶ (pour des exemples chiffrés, v. ma thèse n^{os} 4 à 6).

Justifiée par le rang généralement préférable des privilèges généraux en liquidation judiciaire, lequel est fondé sur des considérations politico-économiques, cette situation n'apparaît pas particulièrement sujette à critique⁷ lorsque tous les créanciers titulaires de sûretés préférentielles spéciales subissent le même sort funeste. Elle le devient, en revanche, si certains titulaires de sûretés spéciales sont spoliés et d'autres pas, en fonction de la seule chronologie des opérations de réalisation et de distribution des actifs isolés, alors même que cette chronologie ne repose pas sur un socle légal mais sur les multiples contingences qui jalonnent ces opérations. La sécurité juridique, la quête législative d'équilibre entre les intérêts antagonistes des créanciers, l'égalité de traitement des créanciers par catégorie et, au-delà, la nature intrinsèquement collective de la liquidation judiciaire, sont alors directement contrariées par ce conflit né de la chronologie des opérations de liquidation des actifs isolés.

L'objet de l'étude peut donc être synthétisé en une question : comment faire en sorte que les créanciers antérieurs, titulaires de sûretés préférentielles spéciales dépourvues de prérogative d'exclusivité, ne soient pas inutilement et inéquitablement desservis par la chronologie des distributions en liquidation judiciaire, sans attenter au désintéressement des titulaires de privilèges généraux de rang préférable ? Autrement dit, comment payer les titulaires de privilèges généraux sans sacrifier injustement les titulaires de sûretés spéciales purement préférentielles ?

Pour aller à l'essentiel, la solution proposée repose, sur le plan substantiel, sur deux règles d'imputation des créances garanties par les privilèges généraux :

- à titre principal, l'imputation prioritaire des créances garanties par un privilège général sur les masses de fonds non grevés de sûretés ;

Il s'agit, dans le cadre des opérations de distribution en liquidation judiciaire, d'imputer toutes les créances garanties par les privilèges généraux d'abord sur les masses de fonds non grevés de sûretés préférentielles spéciales jusqu'à complet paiement de ces créances ou épuisement de ces masses.

L'imputation prioritaire des créances garanties par les privilèges généraux sur les masses de fonds non grevés de sûretés spéciales - et plus particulièrement, s'agissant des privilèges doublement généraux, d'abord sur la masse de fonds non grevés d'origine immobilière, puis sur la masse de fonds non grevés d'origine mobilière⁸ - concilie en effet les intérêts antagonistes des protagonistes du conflit chronologique, en préservant au maximum l'assiette des sûretés spéciales dénuées de prérogative d'exclusivité de l'emprise des

⁶ En cette qualité, il ne percevra rien ou presque dans le cadre des opérations de distribution.

⁷ Sauf à critiquer le classement légal lui-même.

⁸ De cette manière, la masse de fonds non grevés d'origine mobilière est maintenue intacte, au maximum, au profit des privilèges mobiliers généraux, ce qui augmente leur chance de paiement sur cette masse et, par ricochet, accroît la protection de l'assiette des sûretés mobilières spéciales. Un tel ordre interne d'imputation prioritaire est indolore pour les créances garanties par les privilèges doublement généraux qui pourront toujours être imputées sur les masses de fonds non grevés d'origine mobilière si les masses de fonds non grevés d'origine immobilière se révèlent insuffisantes.

privilèges généraux, sans nuire au rang ou à l'assiette de ces derniers.

La règle de l'imputation prioritaire des créances garanties par un privilège général sur les masses de fonds non grevés de sûretés spéciales pourrait être insérée dans le Code de commerce dans un article L. 643-7-2 al. 1^{er}, rédigé en ces termes : « *Dans le cadre des opérations de distribution, sans préjudicier à leur rang, les privilèges mobiliers généraux et les privilèges doublement généraux n'ont la préférence, au sein de leur assiette générale respective, sur les biens grevés d'une sûreté préférentielle spéciale que lorsque les biens non grevés par une telle sûreté sont insuffisants pour les acquitter en totalité* »¹⁰.

- **à titre subsidiaire, en cas d'insuffisance des masses de fonds non grevés, l'imputation proportionnelle des créances garanties par un privilège général sur chaque masse de fonds grevés de sûretés spéciales entrant dans l'assiette du privilège ;**

L'imputation proportionnelle permet de répartir équitablement le poids des privilèges généraux sur la tête de chaque titulaire de sûretés spéciales entrant dans l'assiette d'un même privilège général, ce qui garantit la préservation partielle de l'assiette de chacune de ces sûretés spéciales de l'emprise des privilèges généraux. Chaque masse de fonds grevés n'étant amputée que partiellement¹¹, tous les titulaires de sûretés spéciales ont l'assurance de percevoir une collocation minimale de leur créance sur le produit de réalisation du bien grevé par leur sûreté. Le risque d'une spoliation aléatoire de ces créanciers, au gré de la chronologie incertaine des opérations de distribution de l'actif procédural, disparaît. La règle permet de surcroît de traiter l'ensemble des sûretés spéciales soumises au conflit chronologique sur un pied d'égalité : chaque masse de fonds grevés de sûretés spéciales entrant dans l'assiette d'un privilège général est amputée dans une même proportion pour payer la créance garantie par ce privilège général. Chaque titulaire de sûretés spéciales subira donc proportionnellement la même perte sur sa collocation "privilégiée". Outre la spoliation aléatoire, le traitement inégalitaire subi par ces créanciers dans le cadre du conflit chronologique disparaît également.

La clef d'imputation proportionnelle à retenir dans le cadre de la règle d'imputation proportionnelle est la suivante : (montant de la créance privilégiée / total des produits de réalisation des immeubles hypothéqués) × produit de réalisation de chaque immeuble hypothéqué (*sur le choix de la clef d'imputation proportionnelle, v. ma thèse n° 411 à 413*). La règle d'imputation proportionnelle pourrait être insérée par le législateur à l'alinéa deux de l'article L. 643-7-2 du Code de commerce¹², rédigé en ces termes : « *Dans cette hypothèse, les créances garanties par un privilège général doivent être imputées proportionnellement sur chaque masse de fonds grevés de sûreté(s) préférentielle(s)*

⁹ L'alinéa 2 sera consacré à la règle d'imputation proportionnelle des créances garanties par un privilège général sur chaque masse de fonds grevés de sûretés spéciales entrant dans l'assiette de ce privilège.

¹⁰ La formulation de la règle est inspirée de la proposition faite par la commission sur le projet de loi de 1804 ayant pour titre *Des privilèges et des hypothèques*, en présence d'un concours entre un privilège doublement général et un privilège mobilier spécial sur le produit de réalisation d'un meuble grevé, proposition rapportée par P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Videcoq Libraire, t. 15, 1836, p. 412 : « *Les privilèges généraux n'ont la préférence sur des meubles affectés à des privilèges particuliers que lorsque les autres meubles sont insuffisants pour les acquitter* ».

¹¹ La règle de l'imputation proportionnelle ne peut jouer en effet que dans la mesure où le montant de la créance garantie par un privilège général est inférieur au montant de l'ensemble des masses de fonds grevés de sûretés spéciales entrant dans l'assiette du privilège.

¹² La création de cet article a été préconisée, dans le cadre de cette étude, pour poser la règle d'imputation prioritaire des créances garanties par un privilège général sur les masses de fonds non grevés de sûretés préférentielles spéciales dans un alinéa un, rédigé en ces termes : « *Dans le cadre des opérations de distribution, sans préjudicier à leur rang, les privilèges mobiliers généraux et les privilèges doublement généraux n'ont la préférence, au sein de leur assiette générale respective, sur les biens grevés d'une sûreté préférentielle spéciale que lorsque les biens non grevés par une telle sûreté sont insuffisants pour les acquitter en totalité* ». Sur ce point, v. *supra* n° 392.

spéciale(s) entrant dans l'assiette du privilège »¹³.

Sur le plan procédural, la mise en œuvre de ces règles d'imputation des créances garanties par les privilèges généraux requiert la **neutralisation des effets de la chronologie aléatoire des distributions sur les collocations des créanciers**. Cette neutralisation est fondée sur un principe général de neutralité chronologique des distributions qui peut être induit des articles L. 643-4 à L. 643-7 du Code de commerce¹⁴.

Le principe général de neutralité chronologique des distributions en liquidation judiciaire pourrait opportunément être inséré par le législateur dans un article L. 643-3-1 du Code de commerce, spécialement créé à cet effet, rédigé en ces termes : « *La chronologie selon laquelle les différentes masses de fonds sont distribuées en liquidation judiciaire n'affecte pas les droits des créanciers* ». A la réflexion, son insertion pourrait également être envisagée à l'article L. 643-7 du Code de commerce, dans un alinéa 2, sous la précision suivante : « *Plus généralement, la chronologie selon laquelle les différentes masses de fonds sont distribuées en liquidation judiciaire n'affecte pas les droits des créanciers* ».

Techniquement, cette neutralisation des effets de la chronologie aléatoire des distributions sur les collocations des créanciers s'opère en deux temps :

- **il s'agit, d'abord, de colloquer et de payer tous les créanciers (titulaires de privilèges généraux, titulaires de sûretés préférentielles spéciales, créanciers chirographaires), à titre provisoire, en fonction du rang des créances et de la chronologie aléatoire des opérations de distribution**, sans se soucier, à ce stade, de l'application des règles d'imputation des créances garanties par les privilèges généraux¹⁵. Aucun retard dans le paiement des créanciers ne serait donc à craindre. Le conflit chronologique persisterait cependant, provisoirement, au stade de ces distributions provisoires.
- **il s'agit, ensuite, de retraiter l'ensemble des collocations provisoires en fin de procédure**, pour corriger les conséquences injustes, induites par cette chronologie aléatoire, sur les collocations des titulaires de sûretés spéciales.

Ce retraitement suppose, dans un premier temps, de rétablir les collocations provisoires en application des règles substantielles de résolution du conflit chronologique c'est-à-dire concrètement d'imputer les créances garanties par les privilèges généraux d'abord sur les

¹³ L'hypothèse évoquée par l'article L. 643-7-2 al. 2 renvoie à l'insuffisance des masses de fonds non grevés de sûretés préférentielles spéciales pour acquitter en totalité les créances garanties par les privilèges généraux.

¹⁴ Ces articles ont pour finalité de corriger les collocations des créanciers de manière à rétablir fictivement la chronologie idéale des distributions. Il s'agit de retraiter les collocations des titulaires de sûretés préférentielles spéciales et des créanciers chirographaires afin de neutraliser les effets de la chronologie aléatoire des distributions sur ces collocations, en garantissant à ces créanciers que, quelle que soit la chronologie des distributions mise en œuvre, ils percevront les mêmes sommes que si la chronologie idéale des distributions - celle qui consiste à distribuer d'abord les masses de fonds grevés de sûretés spéciales puis les masses de fonds chirographaires - avait été respectée. De ces règles particulières de résolution du conflit chronologique opposant les titulaires de sûretés spéciales aux créanciers chirographaires sur les masses de fonds chirographaires, peut être induit un principe général de neutralité de la chronologie des distributions en liquidation judiciaire. L'âge séculaire de ces règles, leur permanence en dépit des réformes législatives successives, l'expansion continue de leur champ d'application ainsi que leur inspiration égalitaire, justifient cette induction.

¹⁵ Il convient de préciser que les distributions provisoires préconisées dans le cadre de cette étude pour résoudre, procéduralement, le conflit chronologique sont inconnues de la réglementation des procédures collectives. Aucune disposition du livre VI du Code de commerce n'offre la possibilité de corriger les distributions après établissement de l'ordre des créanciers¹⁵. Les articles L. 622-8 et L. 643-3 du Code de commerce qui ouvrent aux créanciers qui en font la demande la possibilité d'obtenir une avance sur le paiement futur d'une créance dont l'existence et/ou le montant définitif est encore incertain, n'instaurent que des paiements provisionnels en amont des opérations de distribution, autrement dit avant l'établissement de l'ordre

masses de fonds non grevés de sûretés spéciales puis sur chaque masse de fonds grevés entrant dans l'assiette d'un même privilège, proportionnellement au montant de chacune de ces masses.

Il suppose, dans un second temps, d'ajuster les paiements provisoires en fonction des résultats du rétablissement des collocations provisoires. Cet ajustement consistera soit à payer les créanciers à titre complémentaire, soit à leur adresser des demandes de remboursement du trop-perçu. Dans cette dernière hypothèse, le liquidateur judiciaire devra leur enjoindre, par écrit, de rembourser le trop-perçu, sous un délai qui pourrait être de huit jours, afin de laisser aux créanciers le temps de pourvoir à ce remboursement sans retarder déraisonnablement le paiement complémentaire des créanciers qui peuvent y prétendre. En l'absence d'exécution spontanée sous ce délai, l'organe idoine pourra sereinement faire jouer la garantie de remboursement qui doit être exigée en principe des créanciers colloqués à titre provisoire¹⁶. Quel que soit le comportement du créancier, la récupération rapide des fonds indument versés sera donc garantie. Elle permettra au liquidateur judiciaire de payer à titre complémentaire les créanciers qui auront été lésés, temporairement, dans le cadre des distributions provisoires chronologiques.

Très fréquemment, l'ajustement des paiements provisoires ne concernera que les titulaires de sûretés préférentielles spéciales. Aucun ajustement des paiements provisoires ne nécessaire pour les titulaires de privilèges généraux : leurs droits à paiement définitif seront identiques aux paiements provisoires qu'ils auront reçus dans le cadre des distributions provisoires car le retraitement des distributions provisoires se limitera, pour ces créanciers, à modifier les masses de fonds sur lesquelles leurs créances sont imputées. Par exception, les paiements provisoires des titulaires de privilèges généraux qui sont primés par certaines sûretés spéciales - privilèges fiscaux de premier rang, privilège des créances postérieures utiles (hors frais de justice postérieurs utiles) et privilèges doublement généraux ordinaires – devront parfois être ajustés, tout simplement parce que le rétablissement des collocations provisoires des titulaires de sûretés spéciales de rang préférable aura des répercussions sur leur propre collocation.

Ce retraitement des distributions provisoires serait relativement simple à mettre en œuvre pour le liquidateur judiciaire qui n'aurait à opérer ce retraitement qu'une seule fois, en fin de procédure, en ayant une vision globale de l'ensemble des opérations de liquidation. Il ne retarderait donc aucunement la clôture de la procédure liquidative.

¹⁶ Sur l'exigence de la fourniture d'une garantie de remboursement et ses exceptions, v. ma thèse n° 507.