

L'égalité des créanciers: un mythe?

Frédéric GEORGES

18 janvier 1983, studio 106 de la Maison de la Radio, 16^e arrondissement de Paris. Comparait ce jour-là devant le Tribunal des flagrants délires Inès de la Fressange, alors mannequin vedette de la Maison Chanel. Le procureur de la République, Pierre Desproges, entame son réquisitoire: «*Les hommes naissent tous libres et égaux en droit*». Puis il se met à rire pour s'interroger si «par sa beauté, cette femme n'est [...] pas un petit peu plus libre et un petit peu plus égale dans le grand combat pour survivre que la moyenne des *homo sapiens*». Et de se demander qui «aurait l'outrecuidance de soutenir, au nom des grands principes révolutionnaires, que [la contractuelle] qui [lui] a collé une contredanse [...] possède les mêmes armes pour asseoir son bonheur terrestre» que l'accusée du jour.

Qu'en est-il des créanciers? Possèdent-ils les mêmes armes pour survivre? Le titre de la présente leçon inaugurale me permettra d'évoquer quelques aspects de l'évolution, durant ces dernières années, du droit de l'insolvabilité et des garanties du crédit.

L'égalité des créanciers est-elle un mythe? Oui, sans nul doute, si on l'entend comme une égalité générale et abstraite. Les réalités de la vie et la norme juridique elle-même le rappellent à chaque instant. Non, tout aussi certainement, si on lui donne une portée particulière et concrète. La loi, appuyée ou élimée par la jurisprudence, affranchit ici ceux que la liberté opprime.

L'égalité générale et abstraite des créanciers est sans nul doute un mythe. Les créanciers sont en effet complètement inégaux en fait comme en droit.

En fait, prenons tel créancier, fournisseur régulier du débiteur, dont il peut constater par une fréquentation assidue le déclin des affaires, ce qui lui permet d'anticiper assez tôt la déconfiture. Tel autre preste des services ou livre des marchandises qui sont indispensables à la survie – fût-elle provisoire – de l'activité du débiteur; il sera plus longtemps payé que les pouvoirs publics – à supposer que ces derniers l'aient jamais été. Plus évidemment encore, le patrimoine du débiteur, qui constitue le gage des créanciers, aura tantôt quelques beaux restes, tantôt la valeur des vieilles hardes que Géronte voulait donner à Scapin pour sauver à la fois son fils d'une galère imaginaire et ses 500 écus des griffes de Turcs qui l'étaient tout autant.

En droit, la situation n'est guère plus réconfortante. Prenons six illustrations parmi des dizaines. Un commerçant impayé doit consulter huissier et avocat pour obtenir du pouvoir judiciaire un jugement de condamnation du débiteur alors que le fisc et les créanciers de cotisations sociales jouissent de l'appréciable avantage de pouvoir s'auto-délivrer un extrait de rôle ou une contrainte. Tel créancier est chirographaire, ce qui cache derrière une dénomination emphatique le fait nettement plus prosaïque qu'en cas d'insolvabilité avérée de son débiteur, il lui restera ses yeux pour pleurer, alors que beaucoup d'autres jouissent de garanties, octroyées par le pur vœu de la loi ou par une convention constitutive de sûreté. Tels créanciers seront paralysés dans leurs poursuites par une faillite, un règlement collectif de dettes, une liquidation de personne morale, alors que les établissements de crédit jouissent de la voie parée de l'ancien droit plongée dans l'eau de jouvence des législations financières. Dans un même registre, ce lundi 9 février, le *Moniteur belge* publiait la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises. Si l'octroi d'un sursis au commerçant par le tribunal de commerce empêche toute saisie fondée sur une créance sursitaire, l'article 33 de cette loi prévoit expressément que le sous-traitant peut néanmoins exercer son action directe à l'égard du maître de l'ouvrage malgré la procédure sollicitée par l'entrepreneur principal. Autre signe d'inégalité: le patrimoine à compartiments. Depuis quelques mois, la loi connaît un nouveau cas de bien saisissable par les uns mais insaisissable par les autres: issue d'une loi fourre-tout du 25 avril 2007, l'insaisissabilité de la résidence principale de l'indépendant, effectuée par acte notarié, soustrait l'immeuble aux poursuites fondées sur des dettes nées à l'occasion de *l'activité professionnelle postérieurement* à l'inscription de l'acte. Enfin, on peut se demander si certains aspects du droit du recouvrement restent intelligibles pour leurs créanciers et leurs conseils en sorte que se pose la question de l'accès égal au droit. Il suffit de penser à la majoration des revenus insaisissables en raison de la présence d'un enfant à charge, voire, *horresco referrens*, à l'insaisissabilité fondante des revenus insaisissables versés sur un compte bancaire à vue, qui constitue sans nul doute la plus belle usine à gaz produite en la matière par le droit positif belge durant ces dix dernières années.

En quoi, dès lors, l'égalité des créanciers ne relève-t-elle pas du fantasme? Avant de s'en expliquer, il convient de préciser que ses manifestations concrètes supposent que les créanciers se trouvent impliqués dans une procédure de concours, qu'il s'agisse d'une procédure individuelle, telle une saisie, ou d'une procédure collective, dont l'archétype est évidemment la faillite.

Cette précision faite, le contenu concret de ce principe du droit de l'insolvabilité qu'est l'égalité des créanciers fait l'objet d'une controverse doctrinale et jurisprudentielle qui n'est pas sans répercussions pratiques. À la vérité, confrontés à la survenance d'un concours, les créanciers peuvent interpréter ce principe d'égalité de trois façons.

Dans sa version minimaliste, il s'agit d'une égalité purement procédurale. Ainsi, le *Guide législatif de la Commission des Nations Unies pour le Droit*

Commercial International impose le traitement équitable des créanciers se trouvant dans la même situation, ce qui suppose par exemple l'arrêt des poursuites individuelles ainsi que des dispositions permettant d'annuler des actes et des opérations douteuses (la fameuse période suspecte de la loi sur les faillites) afin de récupérer de la substance pour la masse et le cas échéant des procédures de vote permettant un égal accès des créanciers au scrutin. Cette égalité-là, ce n'est en quelque sorte qu'une concrétisation du principe d'économie de la procédure. Il impose en substance la *centralisation* du traitement de l'endettement et la *valorisation* maximale des actifs à réaliser.

La deuxième manifestation du principe d'égalité est la clé arithmétique permettant la répartition des actifs entre des créanciers qui ne jouissent d'aucune cause de préférence. Chacun des créanciers supporte en proportion de l'importance de sa créance l'insolvabilité du débiteur. C'est le principe *pari passu*, ou répartition au marc le franc, consacré par l'article 8 de la vénérable loi hypothécaire.

Enfin, le troisième et dernier avatar du principe d'égalité est notablement plus subversif, puisqu'il s'agit alors de penser que ce principe est plus et mieux qu'une règle technique et est également « *une règle fondamentale [...] "de toute procédure de liquidation collective", une règle essentielle "à l'ordre économique et social établi en Belgique" ou encore un principe qui déroge "nécessairement aux articles 1165, 1134 et 1135 du Code civil"* »⁽¹⁾, ces dispositions exprimant un des fondements de notre droit privé, à savoir la force obligatoire des conventions pour les parties et leur opposabilité aux tiers. Adopter cette conception du principe d'égalité permet de déclarer inopposables en cas de concours les garanties extralégales que certains créanciers auraient pensé à se réserver *in tempore non suspecto*.

Ce n'est pas le lieu ici d'expliquer dans le détail les raisons pour lesquelles cette vision du principe d'égalité est la nôtre. Bornons-nous simplement à citer une formule empruntée à un auteur américain, Lynn LoPucki : « *Security is an agreement between A and B that C take nothing* » : une sûreté est « *un accord entre A et B que C n'aura rien* »⁽²⁾. Il ne paraît dès lors pas choquant que le dernier mot revienne au législateur pour arrêter ce qui sera ou non efficace, en cas d'insolvabilité du débiteur, à l'égard des tiers lésés par l'externalité d'une convention nouée à des fins de garantie.

S'il ne fait pas l'ombre d'un doute que les deux premières conceptions sont parfaitement reçues en droit belge, il n'est pas sûr – plus sûr ? – qu'il en aille de même pour cette dernière conception. Après une brève réflexion sur

(1) Ph. GÉRARD et J. WINDEY, « Action directe des sous-traitants, faillite et concordat judiciaire : à contre-courant », in *Liber amicorum Lucien Simont*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 385 et s. pp. 392 et 393, n° 10.

(2) E.-M. KIENINGER, « Introduction: security rights in movable property within the common market and the approach of the study », in *Security Rights in Movable Property in European Private Law* (E.-M. Kieninger ed.), CUP, 2004, pp. 6 et s., sp. pp. 8 et 9, citant M. LOPUCKI.

les lignes de force des législations récentes, nous dirons un mot sur l'état de la jurisprudence des deux juridictions supérieures qui intéressent notre propos, à savoir la Cour de cassation et la Cour constitutionnelle.

Il relève naturellement du pouvoir du législateur d'arbitrer qui, parmi les créanciers, jouira de ses bonnes grâces. Sous la réserve notable de l'appréciation – forcément marginale, puisqu'il s'agit par essence de discriminer – de la Cour constitutionnelle, son pouvoir est souverain. On peut néanmoins se demander s'il est justifié économiquement que le législateur continue à chérir encore plus les parents riches du droit des sûretés, à savoir les établissements de crédit et les pouvoirs publics.

Ainsi, transposant en 2004 une directive européenne, le législateur fédéral a estimé opportun que la loi belge ait un champ d'application bien plus large que celui de l'instrument européen. Son intention s'est concrétisée par la mise à disposition des établissements de crédit de nouvelles sûretés traditionnelles plus efficaces, voire expéditives, mais également de la possibilité de compenser les avoirs qu'ils détiennent pour le compte de leurs débiteurs-clients avec les dettes de ces derniers.

Et le législateur de justifier la loi du 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières par l'épouvantail du risque systémique, de l'effet domino. Je cite brièvement l'exposé des motifs: «L'imbrication entre les établissements financiers et les entreprises commerciales ou industrielles est telle que l'insolvabilité d'un seul établissement peut provoquer l'insolvabilité d'autres établissements et entreprises: c'est ce qu'on appelle le risque de contagion ou d'effet de domino, lequel peut avoir des conséquences catastrophiques sur le plan économique. La directive n'appréhende ce risque que dans le cadre des transactions sur les marchés financiers (au sens large du terme). [...] Le projet de loi part du principe que la même logique gouverne toutes les relations économiques et étend dès lors la protection contre le risque de contagion à toutes les relations contractuelles visées par la loi. Il en résulte que les risques de contagion encourus par et sur les particuliers et les entreprises (commerciales ou industrielles) sont couverts, ce qui est tout bénéfique pour la stabilité économique générale et, partant, pour la croissance et l'emploi»⁽³⁾.

Tarfuffe n'aurait pas mieux écrit, puisque, comme la Pro Doyenne de l'ULB, Madame Michèle Grégoire l'a très justement souligné, «la plus grande part des bénéfices bancaires au cours des dernières années [...] provient d'opérations sur les marchés financiers et non plus de rendement de prêts consentis. Or, un établissement de crédit se définit comme une entreprise "dont l'activité consiste à recevoir du public des dépôts d'argent ou d'autres fonds remboursables et à octroyer des crédits pour leur propre compte" (article 1^{er}, alinéa 2,

⁽³⁾ Projet de loi relatif aux sûretés financières et portant des dispositions fiscales diverses en matière de conventions constitutives de sûreté réelle et de prêts portant sur des instruments financiers, *Doc. parl.*, n° 51-1407/001, pp. 11 et 12.

de la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit). Les banques occupent ainsi une place centrale au cœur des échanges économiques, assurant l'activation du capital épargné au travers des projets de ceux qui n'en disposent pas ou du moins pas en suffisance. C'est, en principe, grâce à une saine appréciation du risque – ce qui constitue leur métier et leur savoir-faire – que les banques sont censées à la fois assurer les épargnants d'un rendement raisonnable et permettre aux acteurs économiques de créer et développer de l'activité rentable. Aujourd'hui, les banques se détournent de leurs méthodes traditionnelles, pour négliger l'octroi de crédit et leur préférer les placements à forte croissance⁽⁴⁾.

Écrits pour les journées Henri Capitant tenues en Louisiane en mai 2008, avant que la crise des *subprimes* n'éclate dans toute son intensité destructrice, ces propos font réfléchir: faut-il encore donner des garanties du crédit à des établissements qui y associent leur nom mais qui s'en sont assez nettement désintéressés?

Quant aux pouvoirs publics, il n'est guère de ces éprouvantes lois-programmes qui n'aient conféré une nouvelle garantie destinée à assurer un meilleur recouvrement de la fiscalité et de la parafiscalité. Tatillon pour donner des sûretés calibrées au crédit interentreprises, l'État n'hésite pas à user d'armes juridiques de destruction massive pour alimenter ses caisses: inopposabilité d'opérations non préalablement soumises au *nihil obstat* du Prince, hypothèques rétro-agissantes, codébiton des particuliers qui recourent à des entrepreneurs non enregistrés..., j'en passe et des meilleures.

Voilà ce qu'il en est pour le législateur. La jurisprudence de la Cour de cassation souffle quant à elle le chaud et le froid sur le principe d'égalité des créanciers; n'ayant pas le temps de m'y attarder, il ne sert à rien d'égrener les dates ou les noms de ses arrêts. Bornons-nous à signaler que nous pensons pouvoir discerner une jurisprudence récente visiblement inspirée d'un de ses éminents membres, spécialiste des procédures d'insolvabilité, qui a pris nettement position en faveur de la suprématie de l'autonomie des volontés sur le principe d'égalité, lors de déclarations au Sénat qui ne sont pas passées inaperçues. L'opposabilité nonobstant concours de l'affectation issue d'une consignation amiable des fonds, prononcée dans une espèce très atypique, nous paraît symptomatique de cette tendance.

Naturellement, la Cour constitutionnelle ne pouvait se désintéresser d'un principe labellisé par une dénomination qui lui est particulièrement familière. Au début, elle a nivelé les aspérités trop marquées des pouvoirs du fisc, peu réceptif à accepter que le pouvoir judiciaire contrôle la mise en œuvre de ses moyens de recouvrement exorbitants. Puis elle a ouvert la boîte de Pandore du statut des cautions et autres sûretés plus ou moins personnelles, lorsque le débi-

⁽⁴⁾ M. GRÉGOIRE, «Culture et droit des affaires», Rapport belge aux *Journées Louisianaises Henri Capitant*, mai 2008, n° 15.

teur principal est absous de ses dettes pour lui permettre un nouveau départ. Récemment, elle a connu, dans deux arrêts successifs, de la possibilité pour un créancier confronté à l'insolvabilité de son débiteur, qui a la chance de lui être également redevable, de compenser les créances réciproques. Là où la norme fiscale passe victorieusement le test de la constitutionnalité, la norme instituée au profit des banques trépane lorsque le débiteur est une personne physique.

De ces quelques brèves considérations, l'on peut conserver l'idée que si l'égalité des créanciers est une donnée incontestée de notre droit positif en certains de ses aspects, d'autres manifestations restent au contraire controversées. Les tensions sont inéluctables, puisqu'on attendra encore longtemps un traitement de l'insolvabilité qui comblera tous ses protagonistes. D'ici là, l'imagination et le travail des juristes resteront nécessaires et nous ne pouvons que nous en réjouir.

Cette leçon a été commencée par une boutade de Desproges qui devait beaucoup à George Orwell. Elle se termine par la référence, avec autant de reconnaissance que de fierté, à ce que je dois à mes maîtres, les professeurs Irma Moreau-Margrève et Georges de Leval. Ce fut pour moi une chance si bienvenue que d'avoir pu travailler dans leurs services. C'est un privilège – et son rang dépasse de très loin tous les autres, même celui des frais de justice – que d'avoir été formé par eux. C'est une ressource quotidienne que de pouvoir tenter de marcher sur leurs traces. Aussi, pour tout ce qu'ils m'ont donné, pour tous ces gestes gratuits pour moi, mais qui leur a tant coûté en temps, si je ne vous ai pas excessivement ennuyé, je voudrais que vos applaudissements soient pour eux.