

UNIVERSITE PANTHEON-ASSAS PARIS II
MAGISTERE JURISTE D'AFFAIRES-D. J. C. E.
D. E. S. S. DE DROIT DES AFFAIRES
2002-2003

MEMOIRE D'ADMISSION
Monsieur Mickaël RENAUDEAU

*De la compensation en matière de faillite : aspects de droit commun et de droit
boursier*

Sous la direction de Monsieur le professeur Michel GERMAIN

Sommaire analytique¹

Introduction (1-5)

Titre I. – Des conditions de la compensation en matière de faillite (6-72)

Chapitre I. – Le droit commun de la compensation en matière de faillite (7-57)

Section I. – De la compensation des dettes non connexes (8-47)

§ I. – De la compensation se produisant avant le jugement d'ouverture (9-39)

I. – Le principe général d'autorisation de la compensation (10-26)

A. – De la compensation légale (11-18)

B. – De l'intervention du juge et des parties (19-26)

1) De la compensation judiciaire (20-23)

2) De la compensation conventionnelle (24-26)

II. – Les éventuelles interférences de la période suspecte (27-39)

A. – L'intervention du juge (31)

B. – L'intervention des parties (32-39)

§ II. – De la compensation se produisant après le jugement d'ouverture (40-47)

I. – De l'interdiction de la compensation de dettes antérieures après le jugement d'ouverture (41)

II. – De l'interférence des créances postérieures (42-47)

A. – Sort de la compensation entre créances postérieures (43-45)

B. – Sort de la compensation entre une dette antérieure et une dette postérieure (46-47)

Section II. – De la compensation des dettes connexes (48-57)

§ I. – De la compensation des dettes connexes postérieurement à l'ouverture de la procédure (49-54)

§ II. – De la connexité entre une créance postérieure et une créance antérieure et de la connexité au cours de la période suspecte (55-57)

I. – De la connexité entre une créance postérieure et une créance antérieure (55)

II. – De la connexité au cours de la période suspecte (56-57)

Chapitre II. – Le droit spécial de la compensation en matière de faillite (58-72)

Section I. – Champ d'application de la compensation de risque (62-65)

§ I. – Champ d'application ratione materiae (63)

§ II. – Champ d'application ratione personae (64-65)

Section II. – Régime de la compensation de risque (66-72)

¹ Les renvois sont faits aux paragraphes.

Titre II. – De la nature de la compensation en matière de faillite (73-87)

Chapitre I. – Le rejet des qualifications classiques (75-80)

Section I. – La compensation des dettes connexes, garantie inhérente aux obligations réciproques qui en sont l'objet (76-78)

Section II. – La compensation des dettes connexes, expression d'un gage (79-80)

Chapitre II. – L'adoption d'une conception moderne : la compensation des dettes connexes, expression d'une sûreté-propriété (81-87)

Section I. – Compensation des dettes connexes et sûreté-propriété : la réalité de la qualification (82-86)

Section II. – Compensation des dettes connexes et sûreté-propriété : l'opportunité de la qualification (87)

Conclusion (88)

Introduction

1. – La faillite est sans aucun doute un élément perturbateur du droit commercial, et ce à deux points de vue. D'un point du vue économique tout d'abord. Il est évident que la faillite d'un opérateur remet en cause la relation commerciale, la fragilise. Et ce d'autant plus que le droit de la faillite, ou plus exactement des procédures collectives, a depuis la loi du 25 janvier 1985 l'ambition un peu vaine – mais fort noble – du redressement de l'entreprise. Et qui dit redressement dit sacrifice du créancier. Sans aucun doute, la faillite de l'un peut faire le malheur de l'autre. Pour le bien du premier. Mais la faillite est également perturbatrice du droit lui-même. En instaurant un régime complexe, destiné pour partie à préserver l'égalité des créanciers, mais aussi à assurer le redressement de l'entreprise, le droit de la faillite malmène les règles traditionnelles du droit civil et du droit commercial.

Il n'est pas évident de s'atteler, en quelques pages, à décoder ce qui, au sein de l'institution des procédures collectives, constitue probablement l'élément le plus perturbateur qui soit. Nous voulons parler de la compensation, ce mécanisme d'équité si simple conceptuellement, et si complexe lorsqu'il se heurte aux remparts du droit de la faillite. Les écrits en la matière sont suffisamment nombreux et savants pour que l'on s'abstienne de les étudier tous pour patiemment les approuver ou les contredire. Cette étude se veut partielle, mais elle aura le mérite, au regard de l'ampleur du sujet, d'être courte.

2. – Car c'est sans conteste ce qui frappe lorsqu'on aborde le thème de la compensation en matière de faillite. Le sujet, tentaculaire à souhait, emprunte au droit civil pur comme au droit des procédures collectives, en passant par le droit financier et le droit des sûretés. Alors, dès l'origine, la recherche d'une logique commune à toutes ces matières nous a semblé être un noble objectif. Restait à savoir quelle pouvait être cette logique, et ce qu'elle devait accorder.

La compensation, en droit français, est présentée comme un paiement. L'art. 1290 C. civ. évoque l'idée d'une extinction réciproque de deux dettes à concurrence de leurs quotités respectives. Pour reprendre la définition de M. LARROUMET, « *on parle de compensation lorsque, deux personnes se trouvant débitrices l'une de l'autre, leurs obligations s'éteignent à due concurrence du montant de la plus faible* »². La compensation apparaît donc avant tout comme un mode d'extinction de deux obligations, mode d'extinction simplifié car unique.

² V. LARROUMET, *Droit civil*, tome IV, par FRANCOIS, Economica, 1^{ère} éd., n° 48.

Pour autant, la compensation ne peut être réduite à un paiement, quand bien même elle place les parties dans la même situation que s'il s'était produit entre elles un double paiement. En effet, la compensation se traduit par une dispense d'exécution des obligations compensées, contrairement au paiement³. Mais la compensation remplit également un rôle de garantie. En effet, la compensation permet au créancier de l'insolvable d'imputer sa dette sur le montant de sa créance, et de se payer ainsi sans entrer en concours avec les autres créanciers.

3. – La compensation est née à Rome. Sous l'empire du droit romain, le principe de l'unité de question empêchait le juge de se saisir de deux créances. Dès lors, la compensation avait un domaine particulièrement restreint ; elle résultait en fait de l'intervention des parties, qui convenaient entre elles de compenser leurs créances réciproques.

Avant MARC AURELE, il existait seulement quelques cas de compensation. Tout d'abord, la compensation était possible de manière générale dans les actions de bonne foi. Le juge pouvait compenser *ex fide bona*, la bonne foi voulant qu'on ne perçoive que le surplus de sa créance sur sa dette. A ce titre, la compensation n'était admise que si les deux obligations avaient la même cause, étaient nées *ex pari causa*. Parallèlement à ce cas général de compensation, des cas particuliers étaient prévus. Le premier était l'équivalent de ce que l'on nomme aujourd'hui compte courant. Il s'agissait de la *compensatio argentarii*. Cette compensation entre dettes d'argent était particulièrement restreinte et sévère. Le second était la *deductio* du *bonorum emptor*. Le *bonorum emptor* achetait en bloc l'actif et le passif du débiteur en faillite. Les actions en paiement qui s'ensuivaient se faisaient alors *cum deductione*, c'est-à-dire sous la déduction de ce que le *bonorum emptor* devait au créancier. Cette compensation sans condition constituait une garantie très sûre au profit des créanciers du failli.

C'est sous MARC AURELE que s'est précisé le droit de la compensation. En effet, a été étendu à toutes les actions un principe général de compensation, que les créances aient ou non la même cause. Puis JUSTINIEN, dans les Institutes, unifia l'œuvre ancienne pour admettre que la compensation opérait *ipso jure*. Les rédacteurs du Code civil l'ont traduit en affirmant que la compensation opérait « *de plein droit* »⁴. Nous verrons qu'il s'agit d'une erreur, qui est demeurée, et à partir de laquelle l'ensemble du droit français de la compensation s'est élaboré.

³ V. LARROUMET, *Droit civil*, tome IV, par FRANCOIS, Economica, 1^{ère} éd., n° 49.

⁴ V. art. 1290 C. civ.

4. – Toujours est-il que la compensation fait apparaître en droit romain un rôle dont nous ne cesserons de parler. La compensation est une garantie au profit du créancier de l'insolvable. Mais le droit des faillites, depuis longtemps, paralyse cette garantie qu'est la compensation, notamment parce qu'il la traite comme un paiement. C'est là toute la problématique de la compensation dans la faillite. Car la jurisprudence a compris que la compensation offrait aux créanciers une sécurité dont on ne pouvait systématiquement les priver. Nous verrons comment, sur le fondement de la connexité, la jurisprudence a su recréer au profit du créancier cette sécurité dont le privait le droit des procédures collectives dans une situation où elle devenait particulièrement indispensable.

A partir de cet instant, coexistent en matière de faillite deux types de compensation. La première est interdite. La seconde est autorisée. Il s'agira de comprendre pourquoi.

5. – Mais surtout, le droit commercial moderne a vu dans la compensation cet aspect de garantie qu'elle avait semble-t-il perdu. La pratique bancaire et financière l'a aidé dans cette lourde tâche, car c'est sans aucun doute de l'ingénierie juridique des banquiers et des opérateurs financiers qu'est en partie né le droit de la compensation en matière de faillite. A tel point qu'aujourd'hui coexistent des règles de droit commun et de droit spécial, ces dernières régissant essentiellement les opérations financières. C'est pourquoi il nous semble important, à l'occasion de cette étude, de s'interroger sur l'existence d'une double logique de la compensation. D'une part, une logique de la compensation interdite à la compensation autorisée. D'autre part, une logique du droit commun au droit spécial.

L'idée est à notre connaissance nouvelle, nous n'avons pas trouvé d'études tentant d'accorder droit commun et droit spécial autour d'une même logique. Pourtant, cet objectif nous semble fondamental au regard de l'importance qu'a pris l'institution de la compensation dans le domaine financier.

Cette logique commune doit être recherchée à deux points de vue. D'une part, quant aux conditions de la compensation en matière de faillite (Titre I). D'autre part, quant à sa nature (Titre II).

Titre I. – Des conditions de la compensation en matière de faillite

6. – La compensation en matière de faillite doit être abordée à deux points de vue. D'une part, celui du droit commun. Ce droit commun, c'est celui qui est prévu par le livre VI du Code de commerce (Chapitre I). Mais, depuis quelques années, l'évolution des relations commerciales porte celles-ci vers les marchés financiers. L'engouement, depuis quelques décennies, pour les modes de financement qui y sont offerts, et surtout pour les possibilités infinies de spéculation qu'ils offrent, rend nécessaire, au nom de la sécurité financière, l'adoption de règles présentées comme dérogatoires au droit commun. Parmi ces règles, certaines concernent la compensation en matière de faillite. Il conviendra d'en dire quelques mots (chapitre II).

Chapitre I. – Le droit commun de la compensation en matière de faillite

7. – La compensation en matière de faillite est marquée par une distinction fondamentale. D'une part, peuvent se compenser des dettes qui ne présentent entre elles aucun lien particulier, si ce n'est celui de lier les mêmes parties. C'est ce que nous dénommerons la compensation des dettes non connexes (Section I), par opposition avec la compensation des dettes connexes. Cette notion cruciale du droit des procédures collectives, élaborée par la jurisprudence et consacrée par la loi, est sans aucun doute une des plus complexes qui soit. Elle exprime l'idée selon laquelle deux dettes réciproques sont unies par un lien étroit d'interdépendance. Ce lien d'interdépendance, dont nous étudierons la nature ultérieurement, joue un rôle perturbateur dans la faillite, et notamment postérieurement au jugement d'ouverture (Section II).

Section I. – De la compensation des dettes non connexes

8. – Il convient de distinguer ici la compensation se produisant avant l'ouverture de la procédure (§ I) de la compensation se produisant après l'ouverture de la procédure (§ II).

§ I. – De la compensation se produisant avant le jugement d'ouverture

9. – La compensation qui s'est produite avant le jugement d'ouverture de la procédure collective doit être admise. En effet, le débiteur – par hypothèse futur failli – n'est jusqu'à

l'ouverture de la procédure soumis à aucune restriction quant à la gestion de son patrimoine. L'art. L. 621-24 C. Com.⁵ n'interdit au débiteur le paiement des dettes antérieures au jugement d'ouverture qu'à compter de celui-ci (I).

Toutefois, il faut apporter à ce principe un double tempérament. D'une part, la compensation, qu'elle soit légale, judiciaire ou conventionnelle, ne se produira que sous certaines conditions qui doivent être précisées. D'autre part, l'interférence des nullités de la période suspecte doit amener à s'interroger sur la validité de la compensation intervenue après la date de cessation des paiements (II).

I. – Le principe général d'autorisation de la compensation

10. – Il importe en la matière de distinguer la compensation légale (A) de celle qui nécessite l'intervention du juge ou des parties (B). Leurs régimes respectifs diffèrent en effet sensiblement, tant du point de vue des conditions de leur réalisation que de leur condition procédurale.

A. – De la compensation légale

11. – Sources. Un retour aux sources civilistes semble nécessaire. A ce titre, trois articles fondamentaux du Code civil doivent être évoqués. D'abord, l'art. 1289 C. civ. dispose que « *lorsque deux personnes se trouvent débitrices l'une envers l'autre, il s'opère entre elles une compensation qui éteint les deux dettes, de la manière et dans les cas ci-après exprimés* ». Ensuite, l'art. 1290 C. civ. dispose que « *la compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs ; les deux dettes s'éteignent réciproquement, à l'instant où elles se trouvent exister à la fois, à concurrence de leurs quotités respectives* ». Enfin, l'art. 1291 al. 1^{er} C. civ. précise que « *la compensation n'a lieu qu'entre deux dettes qui ont également pour objet une somme d'argent, ou une certaine quantité de choses fongibles de la même espèce et qui sont également liquides et exigibles* ».

Il faut comprendre la combinaison de ces trois textes comme instituant la compensation légale de deux dettes réciproques, fongibles, exigibles et liquides. Nous verrons plus loin quelle est la portée de chacune de ces conditions. On a également vu plus haut que la compensation, telle qu'elle est présentée par le Code civil, s'analyse avant tout comme un

⁵ Cf. *infra*.

paiement, et plus précisément un double paiement fictif, même si cette interprétation est fort justement critiquée par la plus grande partie de la doctrine.

Deux idées doivent être évoquées. Il importe de préciser dans quelles conditions la compensation légale de deux dettes réciproques peut intervenir avant le jugement d'ouverture. Nous verrons cependant que la jurisprudence qui s'exprime en la matière n'est parfois, malgré l'apparente simplicité des principes, pas aussi claire qu'elle devrait l'être.

12. – Principe. L'intervention de la compensation légale antérieurement à l'ouverture de la procédure collective suppose la réunion de plusieurs conditions, qu'il est possible d'exposer par ce postulat simple : dès lors que coexistent, au jour du jugement d'ouverture de la procédure, deux obligations en sens contraire fongibles, liquides et exigibles, la compensation légale se produit de plein droit⁶.

13. – Inutilité de la déclaration au passif. La Cour de cassation tire toutes les conséquences de ce principe en affirmant que dans une telle hypothèse, le créancier-débiteur du futur failli n'a pas à déclarer sa créance à la procédure⁷.

L'affirmation de l'inutilité de la déclaration au passif est justifiée par le fait que la compensation légale produit effet « à l'instant où [les deux dettes] se trouvent exister à la fois »⁸. Il faut lire ce principe à la lumière de l'art. 1291 C. civ. : la compensation légale se produit à l'instant où coexistent deux dettes réciproquement fongibles, exigibles et liquides. Dans la mesure où, par hypothèse, deux dettes coexistent antérieurement ou au jour du jugement d'ouverture de la procédure, elles se sont éteintes à concurrence de la plus faible d'entre elles antérieurement à l'ouverture de cette procédure. Il n'y a donc plus rien à déclarer.

Encore faut-il réserver l'hypothèse évidente dans laquelle *Primus*, créancier à hauteur de 100 de *Secondus*, est également débiteur de *Secondus* à hauteur de 50 ; la compensation légale jouera avant l'ouverture de la procédure à l'encontre de *Secondus* si les deux dettes, avant le jugement d'ouverture, coexistent en termes de fongibilité, d'exigibilité et de liquidité ; toutefois, la compensation laissera subsister une créance résiduelle à hauteur de 50 de *Primus* sur *Secondus*, qui devra naturellement être déclarée.

⁶ V. RIPERT et ROBLLOT, *Traité de droit commercial*, tome II, par GERMAIN et DELEBECQUE, L. G. D. J., 16^{ème} éd., n° 3039.

⁷ V. Com., 29 nov. 1988, *Bull. civ. IV*, n° 325, *Rev. Proc. Coll.* 1989, 158 ; Com., 22 fév. 1994, *Bull. Civ. IV*, n° 70, *D.* 1995, *Jur.*, 27, note HONORAT et ROMANI ; Com., 17 mai 1994, *Bull. civ. IV*, n° 178, *D.* 1995, *Jur.*, 124, note LARROUMET ; Com., 3 juin 1997, *D. aff.* 1997, 864.

⁸ V. art. 1290 C. civ.

14. – Fondement. Toutefois, le fondement de l'inutilité de la déclaration est en réalité plus complexe. Il mérite, pour être compris, que l'on s'attache à la condition procédurale de la compensation légale. En effet, l'art. 1290 C. civ. précise que « *la compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs* ». La rédaction de ce texte est trompeuse, et il est aujourd'hui admis qu'elle résulte d'une erreur d'interprétation des *Institutes* de JUSTINIEN. L'œuvre d'unification de JUSTINIEN affirme que la compensation opère *ipso jure*. Mais JUSTINIEN ne visait pas en ces termes une compensation entièrement détachée de l'intervention des parties. En droit romain, *ipso jure* s'oppose à *exceptionis ope* : JUSTINIEN a voulu rompre avec le droit en vigueur sous MARC AURELE, qui, admettant la compensation *ex dispari causa*⁹, exigeait que l'exception de dol soit opposée dans les actions de droit strict. Les Romanistes se sont attelés à déceler le sens exact de l'expression *ipso jure*. Certains estimaient que la compensation était purement légale, et qu'elle opérait sans même qu'il fût besoin de l'invoquer en justice. D'autres affirmaient que la compensation demeurait conditionnée par une demande en justice. DOMAT et POTHIER, sous l'influence de CUJAS, ont opté pour la première thèse, consacrée par voie de conséquence dans l'art. 1290 C. civ., qui traduit *ipso jure* par « *de plein droit* »¹⁰.

M. MENDEGRIS¹¹ a soutenu dans sa thèse que la compensation légale n'opérait que si elle était invoquée en justice. Cette opinion était déjà en germe chez les auteurs du début du siècle dernier¹². Les auteurs modernes s'accordent aujourd'hui sur ce point. En réalité, il faut admettre que la compensation légale, une fois invoquée, produit ses effets par la seule force de la loi. Elle rétroagit « *au moment même où les obligations ont coexisté avec les qualités requises* »¹³. Il est donc nécessaire de distinguer la source du mécanisme compensatoire de son déclenchement. Le déclenchement de la compensation légale est subordonné à un acte déclaratif de la partie qui l'invoque devant le juge (la décision de ce dernier revêtira la même nature). Elle prendra alors sa source rétroactivement, du jour où les conditions requises ont été réunies.

Ces précisions sont importantes au regard de la compensation dans le cadre de la procédure collective. En effet, la compensation légale devra être invoquée par le créancier soit sous la forme d'une demande en justice à titre principal, soit sous la forme d'une défense au

⁹ Cf. *supra*.

¹⁰ V. LEVY et CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Précis Dalloz, n° 724 s. ; v. également CARBONNIER, *Droit civil*, tome IV, *Les obligations*, Thémis, 20^{ème} éd., n° 340.

¹¹ V. MENDEGRIS, *La nature juridique de la compensation*, th. Grenoble, L. G. D. J., 1969.

¹² V. RIPERT et BOULANGER, *Traité de droit civil*, tome II, L. G. D. J., n° 1996.

¹³ V. LARROUMET, *Droit civil*, tome IV, par FRANCOIS, Economica, 1^{ère} éd., n° 77.

fond qu'il opposera à l'action en paiement du failli¹⁴. Pour autant, la tardiveté inhérente à ces actions n'empêchera pas la compensation légale de produire ses effets antérieurement à la procédure, et donc le créancier qui l'invoque d'en bénéficier, avec tous les avantages qui y sont attachés. Nous précisons que le créancier qui omet d'invoquer la compensation légale n'en perd pas nécessairement le bénéfice, malgré l'ouverture de la procédure. En effet, si la jurisprudence admet qu'il soit possible de renoncer au bénéfice de la compensation légale¹⁵, elle affirme depuis plusieurs années qu'une telle renonciation doit être dépourvue de toute équivoque, ce qui nous semble exclure une renonciation tacite¹⁶.

15. – Conditions de la compensation légale. Ces précisions procédurales apportées, reste à s'assurer du caractère réciproque, fongible, exigible et liquide des créances en cause. Les trois dernières conditions ne posent guère de problème en droit, et ne présentent pas de particularité marquante au regard du droit des procédures collectives. On se contentera de rappeler que les créances en causes doivent être réciproquement fongibles, ce qui réduit en pratique la compensation à des créances de sommes d'argent, et que la liquidité requiert des créances en cause qu'elles soient déterminées dans leur montant et certaines dans leur existence, ce qui exclut les créances qu'il est nécessaire de chiffrer en procédant à une expertise ou en apurant un compte¹⁷. Quant à l'exigibilité, elle permet à la jurisprudence de refuser la compensation entre la dette de la société envers son actionnaire et la créance qu'elle détient sur lui au titre de la libération du capital souscrit, dès lors que la décision du conseil d'administration d'appeler à la libération le solde du capital souscrit n'est pas intervenue¹⁸.

16. – Réciprocité. En revanche, il convient de s'attarder davantage sur la condition de réciprocité. En effet, la jurisprudence réagit face à cette condition essentielle d'une manière qui peut être parfois contestable. La réciprocité est érigée en condition de la compensation par l'art. 1289 C. civ., qui dispose que « *lorsque deux personnes se trouvent débitrices l'une envers l'autre, s'opère entre elles une compensation qui éteint les deux dettes, de la manière et dans les cas ci-après exprimés* ». Cette condition est propre au droit français et plus généralement aux législations romano-germaniques. Elle conduit la doctrine à affirmer qu'en

¹⁴ V. Com., 8 mars 1994, *Rev. huissiers* 1994, 613.

¹⁵ V. Req., 11 mai 1880, *D. P.* 1880, 470.

¹⁶ V. Com., 21 mars 1995, *Bull. civ. IV*, n° 95.

¹⁷ V. Req., 25 juil. 1892, *D. P.* 1892, 488.

¹⁸ V. Versailles, 3 avril 1997, *D. aff.* 1997, 1084.

droit français, « *il n'y a de compensation que bilatérale* »¹⁹. M. PEDAMON affirme à ce titre que l'absence de réciprocité « *fait obstacle au jeu du mécanisme compensatoire à l'égard d'opérations multilatérales, par exemple des conventions de netting intra-groupe ou, a fortiori, des conventions de netting intrabancaires* »²⁰. Nous verrons dans quelle mesure cette condition de réciprocité pose problème sur les marchés financiers²¹. Toujours est-il qu'il semble établi que la compensation légale requiert l'existence de deux créances unissant réciproquement les mêmes personnes. La jurisprudence, dans deux séries d'hypothèses, propose des solutions sur le fondement desquelles il faut s'attarder.

17. – Première hypothèse : confusion des patrimoines. La condition de réciprocité peut poser problème dans les rapports triangulaires lorsque deux parties sont unies étroitement par des liens économiques ou juridiques.

Dans un arrêt du 9 mai 1995, la chambre commerciale de la Cour de cassation a contourné l'absence apparente de réciprocité en évoquant l'existence d'une confusion des patrimoines ayant justifié une extension de la procédure collective ouverte à l'encontre de l'une des parties²². En l'espèce, il existait un ensemble contractuel entre trois sociétés, la société C. E. M. A. s'engageant à livrer à la société Lapidor des canetons à engraisser, la société Lapidor s'engageant à livrer à la société Darquier des canards gras. La société Darquier ayant été mise en redressement judiciaire, la société Lapidor a opposé à la demande en paiement du solde du prix des livraisons de canetons à engraisser de la société C. E. M. A. la compensation entre cette dette et la créance de prix qu'elle détenait contre la société Darquier au titre des livraisons de canards gras. L'absence apparente de réciprocité a conduit la Cour d'appel d'Agen, dans un arrêt du 8 décembre 1992 à refuser la compensation invoquée par la société Lapidor, au motif que bien qu'appartenant au même groupe, les sociétés Darquier et C. E. M. A. avaient chacune une personnalité juridique propre et une activité spécifique. La Cour de cassation casse l'arrêt d'appel au visa des art. 1289 et 1351 C. civ. : « *Attendu qu'en statuant ainsi, alors que par l'arrêt du 13 mai 1992, les sociétés Darquier et C. E. M. A. avaient fait l'objet, par suite de l'extension du redressement judiciaire de la première à la seconde, d'une procédure collective commune réunissant tous les actifs et tous les passifs, ce dont il résultait que, sous l'apparence de deux sociétés distinctes, il n'existait en fait qu'une seule personne morale ou que les patrimoines des*

¹⁹ V. PEDAMON, *La compensation des dettes connexes*, R. J. Com. nov. 1992, n° spécial, 72.

²⁰ V. PEDAMON, *art. préc.*, R. J. Com. nov. 1992, n° spécial, 72.

²¹ Cf. *infra*.

²² V. Com., 9 mai 1995, D. 1996, Jur., 322, note LOISEAU.

sociétés Darquier et C. E. M. A. étaient confondus, la Cour d'appel a méconnu l'autorité de chose jugée attachée à son précédent arrêt. »

L'attendu est clair : la Cour de cassation crée artificiellement la réciprocité manquante en réunissant les deux sociétés respectivement débitrice et créancière de la société Lapidor par la voie de la confusion des patrimoines. La solution est contestable, en ce sens qu'elle permet au créancier du failli d'échapper à la discipline collective, en le soustrayant à la règle de l'égalité, sur le fondement d'un principe fluctuant et contesté. Il est en effet évident que le principe de la confusion des patrimoines trouve sa source davantage dans la nécessité pratique d'y recourir que dans un texte ou un principe général de négation de la personnalité morale. Car c'est bien de cela qu'il s'agit : la jurisprudence, constatant une confusion des comptes ou l'existence de flux financiers anormaux et systématiques entre les deux patrimoines qui rendent impossible l'attribution de ces patrimoines à l'une ou l'autre des parties en cause, se voit contrainte d'étendre la procédure ouverte à l'encontre de l'une des parties à la seconde²³. Preuve en est le fondement apparent avancé par la jurisprudence en la matière : les arrêts sont rendus au visa de l'ancien art. 7 de la loi du 25 janvier 1985 (devenu l'art. L. 621-5 C. com.), qui n'est qu'un simple texte de procédure. Il faut admettre que la personnalité morale de l'une des sociétés s'efface pour laisser la place à une personne morale unique, ce qui justifie, du point de vue de la compensation, le retour de la réciprocité. Toutefois, la jurisprudence n'a jamais pris la peine d'affirmer clairement cette conséquence. On signalera cependant que la doctrine s'accorde à analyser la confusion des patrimoines comme une forme d'effacement juridique de la personnalité morale²⁴.

L'opportunité de cette jurisprudence peut encore être source de doutes lorsque, par souci de logique, on s'attache à la généraliser. Nous ferons à ce titre deux remarques. D'une part, il est évident que doit être assimilée à l'hypothèse évoquée dans l'arrêt du 9 mai 1995 celle dans laquelle la personne qui invoque la compensation est débitrice du failli et créancière de la personne morale liée à ce dernier par la confusion. L'hypothèse semble même moins choquante, dans la mesure où elle ne fait pas échapper un créancier à la discipline collective. D'autre part, il faut s'interroger sur l'application de cette jurisprudence à des hypothèses de fictivité. Nous pensons que les mêmes règles doivent jouer, et que la fictivité d'une des personnes morales en cause doit permettre de recréer artificiellement la réciprocité *a priori* manquante. Le doyen ROBLOT estimait en ce sens que fictivité et confusion des

²³ V. Com., 1^{er} oct. 1997, *Bull. Joly* 1997, 1089, note DAIGRE.

²⁴ V. RIPERT et ROBLOT, *Traité de droit commercial*, tome II, par GERMAIN et DELEBECQUE, L. G. D. J., 16^{ème} éd., n°2862.

patrimoines étaient en réalité des situations semblables²⁵. On relèvera d'ailleurs que la définition jurisprudentielle de la confusion²⁶ évoque étrangement une volonté de nier la personnalité morale d'une société de manière systématique. La frontière avec la fictivité est mince²⁷... Mais cette opinion est contestée en doctrine.

18. – Seconde hypothèse : créances recouvrées par le représentant des créanciers.

La jurisprudence a reconduit en 1995 une solution clairement établie sous l'empire de la législation antérieure à 1985 ; elle affirme ainsi qu'en cas d'ouverture d'une procédure collective contre un débiteur, il ne peut y avoir de compensation entre la créance déclarée au passif par un créancier et les dommages et intérêts mis à sa charge à la suite d'une action du représentant des créanciers sur le fondement de l'ancien article 46 de la loi du 25 janvier 1985 (devenu l'art. L. 621-39 C. com.)²⁸.

La solution était parfaitement justifiée en droit au temps du règne de la masse des créanciers, avant que n'entre en vigueur la loi du 25 janvier 1985. En effet, du temps où la masse existait, les dommages et intérêts recouvrés par le représentant des créanciers entraient dans le patrimoine de la masse qui, rappelons-le, s'était vue reconnaître la personnalité morale. Dès lors, coexistaient d'une part une créance du créancier envers le failli, et d'autre part une dette du créancier envers la masse. La condition de réciprocité manquant, la compensation légale ne pouvait jouer.

Plus contestable est le maintien de cette jurisprudence sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, qui a mis un terme à l'existence de la masse des créanciers, et ce d'autant plus que la Cour de cassation ne prend pas la peine d'apporter un fondement juridique ferme au maintien de la solution. L'arrêt du 28 mars 1995 se contente d'affirmer « *qu'il résulte de l'art. 46 de la loi du 25 janvier 1985 que le représentant des créanciers agit dans l'intérêt collectif de ceux-ci ; que les sommes recouvrées à la suite des actions qu'il engage entrent dans le patrimoine du débiteur pour être affectées, en cas de continuation de l'entreprise, selon les modalités prévues pour l'apurement du passif et pour être réparties, en cas de cession de l'entreprise ou de liquidation, entre tous les créanciers, au marc le franc ; que ces règles faisant obstacle à ce que la compensation ait lieu entre la dette mise à la charge de la société*

²⁵ V. RIPERT et ROBLLOT, *Traité de droit commercial*, tome II, par GERMAIN et DELEBECQUE, L. G. D. J., 16^{ème} éd., n° 2862.

²⁶ Cf. *supra*.

²⁷ On ne s'en étonnera pas, la distinction entre confusion et fictivité étant elle-même l'œuvre de M. HOUIN, qui n'en avait sans doute pas envisagé toutes les conséquences.

²⁸ V. Com., 28 mars 1995, *Bull. civ. IV*, n° 105, *D. 1995, Jur.*, 410, note DERRIDA ; Com., 6 mai 1997, *Bull. civ. IV*, n° 119, *D. aff. 1997*, 865.

Poclain à la suite de l'action engagée par le représentant des créanciers de la société Naudin et la dette de cette dernière envers la société Poclain, c'est à bon droit que la Cour d'appel s'est prononcée comme elle a fait du chef critiqué ».

Il semble que la solution s'appuie sur le texte même de l'ancien article 46 de la loi du 25 janvier 1985, qui dispose en son troisième alinéa que « *les sommes recouvrées à la suite des actions du représentant des créanciers entrent dans le patrimoine du débiteur et sont affectées en cas de continuation de l'entreprise selon les modalités prévues pour l'apurement du passif* ». Toutefois, rien ne saurait, dans ce principe d'affectation des sommes recouvrées par le représentant des créanciers, interdire la compensation légale, sauf à vider de toute substance le principe de l'unité du patrimoine. L'article 46 de la loi du 25 janvier 1985 précise d'ailleurs clairement que lesdites sommes entrent dans le patrimoine du débiteur.

Il est évident que cette jurisprudence s'inscrit dans un courant plus large tendant à faire en sorte que la défunte masse retrouve en fait ses prérogatives d'antan²⁹. Ce courant jurisprudentiel fait malheureusement apparaître des solutions peu harmonieuses et particulièrement opportunistes. Pourquoi la Cour de cassation, dans cet arrêt du 28 mars 1995, n'a-t-elle pas tiré toutes les conséquences de sa solution en relevant l'absence de réciprocité ? On ne pourra que relever que la Cour de cassation est dans l'embarras pour fonder juridiquement ses solutions. Et force est de constater que c'est bien l'absence de réciprocité qui sous-tend l'arrêt du 28 mars 1995. En ce sens, on relèvera que la décision semble interdire sur le même fondement la compensation des dettes connexes ; or, nous le verrons, la connexité des créances ne permet pas de passer outre la condition de réciprocité.

B. – De l'intervention du juge et des parties

19. – Bien que seule la compensation légale ait été prévue par le Code civil, il est admis que le mécanisme compensatoire peut résulter de l'intervention du juge ou des parties. Dans le premier cas, la compensation est dite judiciaire. Dans le second, elle est dite conventionnelle. Nous préciserons le sens exact de ces expressions, ainsi que leur portée.

²⁹ V. en ce sens DERRIDA, note sous Com., 28 mars 1995, préc.

1) De la compensation judiciaire

20. – La compensation judiciaire trouve une base textuelle indirecte dans les art. 70 et 564 N. C. P. C. Aux termes du premier de ces textes, si « *les demandes reconventionnelles ou additionnelles ne sont recevables que si elles se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant* », en revanche « *la demande en compensation est recevable même en l'absence d'un tel lien, sauf au juge à la disjoindre si elle risque de retarder à l'excès le jugement sur le tout* ». Quant au second de ces textes, il dispose que « *les parties ne peuvent soumettre à la cour de nouvelles prétentions si ce n'est pour opposer compensation [...]* ». La doctrine estime que les hypothèses de compensation visées par ces textes ne peuvent que différer de la compensation légale. On a vu en effet que celle-ci pouvait être opposée au moyen d'une simple défense au fond. Ces textes de procédure permettent ainsi de fonder la compensation judiciaire, qui est celle « *qui peut être accordée par le juge sur la demande reconventionnelle d'un défendeur qui, poursuivi en paiement, ne peut invoquer la compensation légale parce que toutes les conditions n'en sont pas réunies* »³⁰.

La nature de la compensation judiciaire a donné lieu à de nombreuses interrogations doctrinales³¹. Nous ne reviendrons sur ces controverses civilistes qu'en tant qu'elles peuvent influencer sur le régime de la compensation judiciaire dans la faillite, et plus particulièrement avant l'ouverture de la procédure collective. Il nous semble nécessaire à ce titre d'évoquer deux idées. D'une part, nous verrons que la compensation judiciaire présente, par rapport à la compensation légale, une certaine autonomie quant à son régime. D'autre part, nous nous attacherons à démontrer que cette autonomie n'est en fait qu'apparente, et que la compensation judiciaire, dérivée de la compensation légale, doit être autorisée dans des conditions proches de cette dernière si elle intervient antérieurement au jugement d'ouverture de la procédure.

21. – ***Autonomie apparente de la compensation judiciaire.*** On l'a vu, la compensation judiciaire intervient lorsque certaines conditions nécessaires à la réalisation de la compensation légale manquent. Le juge joue alors un rôle actif pour créer les conditions de la compensation légale. Il faut signaler ici une première particularité de la compensation judiciaire, qui tient à sa condition procédurale. La compensation judiciaire doit faire l'objet d'une demande reconventionnelle, et ne peut en principe être présentée au juge sous la forme

³⁰ V. LARROUMET, *Droit civil*, tome IV, par FRANCOIS, Economica, 1^{ère} éd., n° 80.

³¹ V. CHABAS, *Réflexions sur la compensation judiciaire*, J. C. P. 1966, I, 2026.

d'une défense au fond, contrairement à la compensation légale³². La plus grande partie de la doctrine s'entend sur ce point, bien que certains auteurs relèvent que quelques arrêts de la Cour de cassation semblent admettre la compensation judiciaire présentée sous la forme d'une défense au fond³³. Les arrêts cités par ces auteurs³⁴ ne nous semblent pas devoir remettre en cause la solution communément admise. Il faut en effet tenir compte du fait que la compensation judiciaire procède en grande partie d'une bonne administration de la justice, ce qui peut expliquer cette latitude occasionnelle de la jurisprudence pour admettre la compensation judiciaire. Quoiqu'il en soit, et c'est là la seconde particularité de la compensation judiciaire, le juge intervient activement à la compensation. A ce titre, il rend, si tant est qu'il admette la compensation, un jugement non plus déclaratif³⁵ mais constitutif. Il rend possible une compensation qui, avant son intervention, ne l'était pas. C'est pourquoi le juge n'est pas tenu de faire droit à la compensation judiciaire³⁶. C'est également pour cette raison, nous le verrons, que la compensation judiciaire produit effet à compter de la date de ce jugement constitutif qui la rend possible³⁷.

22. – Hypothèses de compensation judiciaire. Une fois l'apparente autonomie, du moins la spécificité de la compensation judiciaire évoquée, il convient de s'interroger sur le point de savoir quelles conditions requises pour la réalisation de la compensation légale peuvent faire l'objet d'une intervention du juge dans le cadre de la compensation judiciaire. Rappelons au préalable qu'il résulte des art. 1289 et 1291 C. civ. que la compensation s'opère entre deux dettes réciproques fongibles, exigibles et liquides. La réciprocité et la fongibilité doivent être considérées comme des préalables indispensables au mécanisme compensatoire. Leur absence fait obstacle à la compensation car la réciprocité comme la fongibilité participent de la logique même de l'institution compensatoire. On a déjà vu que la

³² V. Civ. 2^{ème}, 14 juin 1989, *Bull. civ. II*, n° 127 : « La compensation judiciaire peut s'opérer au moyen d'une demande reconventionnelle que forme la partie dont la créance ne réunit pas encore toutes les conditions requises pour la compensation légale. » ; Civ. 1^{ère}, 17 déc. 1991, *Bull. civ. I*, n° 355 ; Civ. 1^{ère}, 30 juin 1993, *Bull. civ. I*, n° 235.

³³ V. sur ce point NDOKO, *Les mystères de la compensation*, *Rev. trim. dr. civ.* 1991, 661, n° 21 s.

³⁴ V. not. Com., 17 mai 1989, *Bull. civ. IV*, n° 153 ; Com., 18 juil. 1989, *Bull. civ. IV*, n° 227.

³⁵ Ce qui est le cas pour la compensation légale, cf. *supra*.

³⁶ V. Req., 15 juil. 1885, *D. P.* 1886, 248 : « Si une partie est fondée à opposer, comme défense à la demande principale, une demande reconventionnelle à fin de compensation judiciaire, il appartient aux tribunaux de décider, d'après les circonstances de la cause, s'il y a lieu de statuer sur le tout par un seul et même jugement ou de ne statuer que sur la demande principale. » ; cette solution a été confirmée régulièrement au cours du siècle dernier.

³⁷ V. Req., 25 juil. 1892, *D. P.* 1892, 488.

jurisprudence ne contournait que de manière très restreinte l'absence de réciprocité³⁸. Quant à l'absence de fongibilité, elle fait obstacle à ce que chaque partie à la compensation bénéficie réciproquement de l'effet satisfactoire de l'opération. Il nous semble impossible que le juge puisse passer outre l'absence de cette condition³⁹.

Restent alors les conditions d'exigibilité et de liquidité. La condition d'exigibilité pose davantage de problèmes. Certains soutiennent que le juge peut rendre une dette exigible⁴⁰. Cette position est peu opportune et, à notre sens, mal fondée. En effet, le juge ne dispose pas en droit civil, d'un pouvoir général lui permettant de prononcer l'exigibilité d'une dette. Seul un texte spécial lui confère une telle attribution, dans l'hypothèse clairement déterminée de la déchéance du terme⁴¹. En dehors de ce cas, il est étrange d'admettre le juge à rendre exigible une créance qui ne l'est pas. On rappellera en outre que la loi du 25 janvier 1985 a supprimé la déchéance du terme de plein droit par l'ouverture de la procédure collective. Reconnaître au juge le pouvoir de prononcer cette déchéance avant le jugement d'ouverture serait lui ouvrir la porte d'une atteinte plus que flagrante au principe d'égalité des créanciers.

C'est dès lors sur le terrain de la liquidité que la compensation judiciaire trouve à s'exprimer pleinement⁴². Le juge peut en effet surseoir à statuer sur la demande principale jusqu'à la liquidation de la créance présentée à la compensation par le défendeur. On fera à ce propos deux remarques. D'une part, la liquidation de la créance invoquée en compensation ne doit pas présenter de difficulté de nature à « retarder à l'excès le jugement sur le tout »⁴³. D'autre part, la créance, si elle n'est pas liquide, doit être certaine. La plupart des auteurs confondent la condition de liquidité avec celle de la certitude. Elles doivent cependant être clairement distinguées. En effet, la jurisprudence analyse la certitude de la créance invoquée en compensation comme un préalable dont l'absence, au même titre que la réciprocité ou la fongibilité, fait obstacle à la compensation légale ou judiciaire⁴⁴. Le juge rendra ainsi un

³⁸ Cf. *supra*, n° 9, à propos de l'utilisation de la confusion des patrimoines dans l'arrêt du 9 mai 1995 ; on peut à ce titre s'interroger sur la nature exacte de la compensation mise en œuvre dans cette décision : s'agissait-il d'une compensation judiciaire ? Il nous semble qu'il faille répondre par la négative, dans la mesure où dans l'arrêt en question, la compensation a bénéficié de l'effet rétroactif propre à la compensation légale. On concédera cependant que le manque d'assise juridique de l'arrêt du 9 mai 1995 peut laisser subsister quelques doutes.

³⁹ V. en ce sens LARROUMET, *Droit civil*, tome IV, par FRANCOIS, Economica, 1^{ère} éd., n° 82 ; NDOKO, *Les mystères de la compensation*, Rev. trim. dr. civ. 1991, 661.

⁴⁰ V. NDOKO, *Les mystères de la compensation*, Rev. trim. dr. civ. 1991, 661.

⁴¹ V. art. 1188 C. civ. : « Le débiteur ne peut plus réclamer le bénéfice du terme lorsque par son fait il a diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier. »

⁴² Nous verrons plus loin que la compensation judiciaire a vocation à s'exprimer dans un autre domaine.

⁴³ V. art. 70 N. C. P. C., *supra*.

⁴⁴ V. Com., 15 juil. 1975, *Bull. civ. IV*, n° 203 ; v., en ce sens, LARROUMET, *Droit civil*, tome IV, par FRANCOIS, Economica, 1^{ère} éd., n° 83.

jugement de nature hybride : il sera déclaratif en ce qui concerne la certitude de la créance, que le juge se bornera à constater ; il sera constitutif pour la liquidité⁴⁵.

23. – Autorisation de la compensation judiciaire antérieurement au jugement d'ouverture. Absence d'autonomie de la compensation judiciaire. La compensation judiciaire, au même titre que la compensation légale, doit être autorisée dès lors qu'elle s'est produite antérieurement au jugement d'ouverture. En effet, on l'a vu, l'opération de compensation judiciaire consiste à créer l'ensemble des conditions nécessaires à la réalisation de la compensation légale. En ce sens, la compensation judiciaire ne peut prétendre à une réelle autonomie au regard de la compensation légale. Pour reprendre l'expression de M. FRANCOIS⁴⁶, la compensation judiciaire est une « *compensation légale anticipée* »⁴⁷. A ce titre, rien ne doit, au regard du droit de la faillite, la différencier de la compensation légale. Dès lors que cette compensation légale anticipée s'est produite avant le jugement d'ouverture de la procédure collective, elle doit être autorisée. Il serait donc erroné de faire du juge l'instrument de la compensation judiciaire. Il n'intervient en fait qu'en amont, pour faire en sorte que coexistent deux créances compensables, c'est-à-dire réciproques, fongibles, exigibles et liquides. Pour le reste, la compensation se produit de plein droit, conformément aux dispositions de l'art. 1290 C. civ.⁴⁸ Les deux créances vont donc s'éteindre réciproquement, « *à l'instant où elles se trouvent exister à la fois, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives* »⁴⁹. C'est pourquoi la compensation judiciaire se produira, comme la compensation légale, à l'instant où se trouvent exister réciproquement deux dettes fongibles, exigibles et liquides. Cet instant ne peut être que celui auquel la décision du juge devient définitive, puisque c'est elle qui a permis la réunion des conditions requises pour la réalisation de la compensation. En conséquence, il faut admettre que la compensation judiciaire est autorisée dès lors que la décision du juge qui la permet est devenue définitive avant le jugement d'ouverture de la procédure collective.

⁴⁵ Ou l'exigibilité, cf. *supra*.

⁴⁶ V. LARROUMET, *Droit civil*, tome IV, par FRANCOIS, Economica, 1^{ère} éd., n° 85.

⁴⁷ V. également CHABAS, *Réflexions sur la compensation judiciaire*, J. C. P. 1966, I, 2026 : M. CHABAS se demande « *si la compensation judiciaire n'est pas simplement une compensation légale précédée d'une liquidation* ». Certains auteurs estiment cependant que cette absence d'autonomie de la compensation judiciaire au regard de la compensation légale se concilie mal avec la jurisprudence aux termes de laquelle les restrictions de l'art. 1293 C. civ. ne font pas obstacle à la compensation judiciaire, alors même qu'ils empêchent toute compensation légale : v. LARROUMET, *Droit civil*, tome IV, par FRANCOIS, Economica, 1^{ère} éd., n° 85, *in fine*.

⁴⁸ V. en ce sens MENDEGRIS, *La nature de la compensation*, th. Grenoble, L. G. D. J., 1969.

⁴⁹ V. art. 1290 C. civ.

2) De la compensation conventionnelle

24. – Distinction. Il importe de distinguer au préalable la compensation conventionnelle *stricto sensu* de la compensation conventionnelle *in futurum*. La compensation conventionnelle *stricto sensu*, dont il sera exclusivement question dans ces développements, peut être définie grossièrement comme la compensation que les parties, faisant usage de leurs volontés contractuelles, provoquent en levant un obstacle à la compensation légale. Nous verrons que cette définition doit être affinée. La compensation conventionnelle *in futurum* s'apparente davantage à ce que l'on pourrait qualifier de création conventionnelle de connexité. Il s'agit pour les parties, faisant usage de leurs volontés contractuelles, de lier par un lien de connexité conventionnel deux créances qui les unissent réciproquement ; le créancier décide, pour le futur, d'affecter en garantie de sa créance la dette qu'il aura envers son débiteur, afin de se protéger contre la faillite de ce dernier. Nous verrons plus loin de quelle manière cette compensation conventionnelle atypique doit être appréhendée, et surtout quelle est son exacte nature.

25. – Sort de la compensation conventionnelle *stricto sensu* avant le jugement d'ouverture de la procédure collective. Nous ne ferons à ce propos que quelques remarques, car nous verrons que la compensation conventionnelle antérieure au jugement d'ouverture est largement limitée par l'application des art. L. 621-107 et 108 C. com. lorsqu'elle intervient au cours de la période suspecte. Nous n'envisagerons donc ici que la compensation conventionnelle intervenue antérieurement à la cessation des paiements, ce qui, pratiquement, limite grandement son domaine.

La compensation conventionnelle, telle que nous l'entendons ici, consiste donc en une intervention des parties dans le processus compensatoire ; l'idée est proche de celle qui sous-tend la compensation judiciaire : il s'agit, conventionnellement, de permettre la compensation de deux dettes ne remplissant pas les conditions requises pour la compensation légale. A ce titre, il faut considérer que ce type de compensation conventionnelle n'est jamais, encore une fois, qu'une compensation légale anticipée⁵⁰. Les parties s'entendent pour que leurs dettes réciproques remplissent les conditions les habilitant à se compenser de plein droit,

⁵⁰ V. en ce sens LARROUMET, *Droit civil*, tome IV, par FRANCOIS, Economica, 1^{ère} éd., n° 87, qui rapproche la compensation conventionnelle de la compensation facultative.

conformément à l'art. 1290 C. civ. : « *les parties conviennent d'imprimer à leurs obligations les qualités nécessaires pour qu'elles se compensent* »⁵¹.

C'est pourquoi il nous semble que la compensation conventionnelle doit être autorisée dès lors que la convention des parties est intervenue avant le jugement d'ouverture⁵². Les deux créances que les parties entendent compenser acquièrent les qualités nécessaires à leur compensation légale à la date de la convention des parties. Par suite, c'est le mécanisme de l'art. 1290 C. civ. qui entre en jeu, et ce en toute logique car les créances en question sont désormais réciproques, fungibles, exigibles et liquides. Et, naturellement, la compensation se sera produite elle-même à la date de la convention entre les parties.

Il faut alors s'interroger, au même titre que pour la compensation légale à propos du juge, sur l'étendue du pouvoir des parties. Peuvent-elles pallier à l'absence de chacune des conditions requises par les art. 1289 et 1291 C. civ. ? Il faut à notre avis répondre par la négative, mais il règne en la matière des incertitudes auxquelles la compensation judiciaire ne donne pas lieu. Il ne fait aucun doute que les parties peuvent remédier à l'absence de liquidité de leurs créances. De même, l'absence d'exigibilité peut faire l'objet d'une intervention conventionnelle ; l'art. 1134 C. civ. permet aux parties de décider que leurs créances à terme deviennent pures et simples. Il ne s'agit là que d'une expression de l'autonomie de la volonté : les parties s'accordent contractuellement sur une nouvelle obligation, dont l'échéance n'est pas différée.

La jurisprudence refuse en revanche de permettre aux parties d'intervenir sur la condition de réciprocité, qui constitue un préalable à toute compensation⁵³. Nous ne pouvons qu'approuver en droit cette solution, pour les raisons évoquées plus haut⁵⁴. La plus grande partie de la doctrine est en ce sens⁵⁵.

⁵¹ V. LARROUMET, *Droit civil*, tome IV, par FRANCOIS, Economica, 1^{ère} éd., n° 86.

⁵² Sous réserve de ce qui sera dit à propos de l'interférence de la période suspecte ; il faut sans doute considérer que la convention des parties doit être intervenue antérieurement à la date de cessation des paiements, *cf. infra*.

⁵³ V. Com., 23 juin 1992, *Bull. civ. IV*, n° 246.

⁵⁴ Force est de constater que la pratique n'est pas aussi claire. Il convient en effet de s'interroger sur ce que l'on qualifie couramment de compensation multilatérale. Ce procédé revêt de multiples formes : compensation sur les marchés interbancaires et financiers, au sein des groupes de sociétés, entre sociétés indépendantes réunies en réseau (réseau Interflora), ou encore dans le cadre des systèmes d'échanges locaux. Dans chacune de ces hypothèses, les titulaires d'obligations multiples simplifient leurs règlements par le versement d'un solde unique, la réciprocité des créances fait défaut. Ce qui à notre avis, exclut toute qualification de compensation au sens des art. 1289 s. C. civ. Un auteur a très récemment – et remarquablement – soutenu dans sa thèse que ces hypothèses de compensation multilatérale recouvrent des réalités contractuelles toutes autres que la compensation. V. DELOZIERE – Le FUR, *La compensation dite multilatérale*, th. Paris II, 2002.

⁵⁵ V. LARROUMET, *Droit civil*, tome IV, par FRANCOIS, Economica, 1^{ère} éd., n° 86 ; DUBOC, *La compensation et les droits des tiers*, th. Nice, L. G. D. J., 1989 ; NDOKO, *Les mystères de la compensation*, *Rev. trim. dr. civ.* 1991, 661.

Le doute subsiste cependant lorsqu'on examine le pouvoir des parties au regard de l'absence de fongibilité des créances en cause. On a vu que la fongibilité était considérée, au même titre que la réciprocité, comme un préalable à la compensation légale. C'est la raison pour laquelle le juge ne peut, dans le cadre de la compensation judiciaire, remédier de lui-même à l'absence de fongibilité des créances. Une partie de la doctrine estime que les parties ne disposent pas du pouvoir de créer artificiellement la fongibilité qui manquerait à leurs obligations. Selon eux, la fongibilité est la garantie pour chaque partie « *d'obtenir une satisfaction équivalente à celle qui serait résultée d'un double paiement* »⁵⁶. Cependant, nous pensons que, par l'exercice de sa volonté contractuelle, une partie peut décider que le paiement par compensation de sa créance avec une dette non fongible est satisfaisant. En d'autres termes, il nous semble qu'il soit possible d'envisager une fongibilité conventionnelle. La Cour de cassation a d'ailleurs très tôt admis la notion de fongibilité conventionnelle. Elle affirme ainsi que « *les choses qui ne sont pas fongibles par leur nature peuvent devenir telles par la volonté des parties* »⁵⁷. M. TERRE a en ce sens soutenu la possibilité de créer la fongibilité dans sa thèse⁵⁸. Il ne s'agit au fond pour les parties que d'admettre le rapport d'équivalence qui caractérise la fongibilité entre deux obligations distinctes⁵⁹.

26. – Conclusion. Nous nous sommes donc efforcés de dégager un principe général de la compensation antérieure à l'ouverture de la procédure collective. Nous avons vu à ce titre que l'attitude du droit à son égard était relativement favorable, la raison en étant que la compensation antérieure à l'ouverture de la procédure n'est jamais qu'un paiement réalisé avant cette procédure. Le droit des procédures collectives ne peut appréhender tous les actes auxquels il a été procédé antérieurement au jugement d'ouverture. Il ne le fait que s'il pèse sur eux des doutes quant à leur validité, et surtout quant il existe à leur égard une suspicion de fraude. C'est le rôle des nullités de la période suspecte, qui, on va le voir, perturbent dans une certaine mesure les solutions dont il a été question dans ces développements.

⁵⁶ V. LARROUMET, *Droit civil*, tome IV, par FRANCOIS, Economica, 1^{ère} éd., n° 86 ; v. également, sur un autre fondement, critiquable à notre avis, LAUDE, *La fongibilité*, *Rev. trim. dr. com.* 1995, 307.

⁵⁷ V. Req., 30 mars 1926, *D.* 1926, Jur., 217.

⁵⁸ V. TERRE, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, th. Paris, L. G. D. J., 1957, n° 31 ; v. également en ce sens TOLEDO, *La compensation conventionnelle*, *Rev. trim. dr. civ.* 2000, 265.

⁵⁹ V., dans le sens de la fongibilité conventionnelle, PEDAMON et CARMET, *La compensation dans les procédures collectives de règlement du passif*, *D.* 1976, Chron. 123 ; DUBOC, *La compensation et les droits des tiers*, th. Nice, L. G. D. J., 1989, n° 236.

II. – Les éventuelles interférences de la période suspecte

27. – **Présentation de la règle.** Le droit des procédures collectives, quelle que soit sa finalité, a toujours cherché à atteindre les actes accomplis par le débiteur antérieurement à l'ouverture de la procédure collective. Ainsi, le droit des faillites appréhende d'une manière efficace les agissements du débiteur au cours de la période qui s'étend de la cessation des paiements à l'ouverture de la procédure. L'idée est de permettre aux organes de la procédure de réviser des transactions qui ont un caractère suspect. Cette manière d'aborder les choses est somme toute logique. Durant cette période, le débiteur dispose d'une information privilégiée quant à sa situation de cessation des paiements ; il est fondamental de l'empêcher de porter atteinte aux droits des tiers, et notamment des créanciers chirographaires qui, généralement ignorants de la situation du débiteur, s'exposent au risque de voir l'assiette de leur gage s'évaporer. C'est pourquoi le droit des faillites, depuis l'ancien droit, prévoit que les actes accomplis par le débiteur entre la date à laquelle il a cessé ses paiements et celle à laquelle la procédure a été ouverte à son encontre sont présumés frauduleux, d'où l'expression de période suspecte.

Cette règle a connu des traductions plus ou moins sévères selon les époques. Le Code de commerce de 1807 faisait remonter la faillite jusqu'à la date de cessation des paiements, ce dont il résultait que tous les actes accomplis à compter de cette date étaient nuls. Le système des inopposabilités à la masse des créanciers de la loi du 13 juillet 1967 a fait place avec la loi du 25 janvier 1985 à celui des nullités de la période suspecte.

Ce sont aujourd'hui les art. L. 621-107 et 108 C. com. qui décrivent cette institution, en distinguant ce que la doctrine qualifie de nullités de droit des nullités facultatives. L'art. L. 621-107 C. com. prévoit ainsi la nullité de droit de sept séries d'actes accomplis en période suspecte. Nous ne retiendrons que trois alinéas, qui seuls importent dans le cadre de cette étude. L'art. L. 621-107-3° C. com. prévoit ainsi la nullité de « *tout paiement, quel qu'en ait été le mode, pour dettes non échues au jour du paiement* ». L'art. L. 621-107-4° C. com. prévoit la nullité de « *tout paiement pour dettes échues, fait autrement qu'en espèces, effets de commerce, virements, bordereaux de cession visés par la loi [...] du 2 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises ou tout autre mode de paiement communément admis dans les relations d'affaires* ». Enfin, l'art. L. 621-107-6° C. com. prévoit la nullité de droit de « *toute hypothèque conventionnelle, toute hypothèque judiciaire ainsi que l'hypothèque légale des époux et tout droit de nantissement constitués sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées* ». Quant à l'art. L. 621-108 C. com., qui institue le système des

nullités facultatives, il dispose que « *les paiements pour dettes échues effectués après la date de cessation des paiements et les actes à titre onéreux accomplis après cette même date peuvent être annulés si ceux qui ont traité avec le débiteur ont eu connaissance de la cessation des paiements* ».

28. – Sort de la compensation réalisée au cours de la période suspecte. Il s'agit ici de déterminer dans quelle mesure l'institution des nullités de la période suspecte peut affecter une compensation réalisée entre la cessation des paiements et le jugement d'ouverture. Nous verrons que les solutions adoptées sont complexes et parfois peu harmonieuses. Certaines continuent d'ailleurs de diviser jurisprudence et doctrine. Il nous semble que les juges aient davantage mis l'accent sur une répression efficace de la fraude, en suspectant tout particulièrement les hypothèses dans lesquelles la compensation, d'une manière ou d'une autre, est provoquée, en reléguant au second plan l'harmonie des fondements utilisés. C'est pourquoi nous distinguerons, pour reprendre la dichotomie de MM. PEDAMON et CARMET, la compensation spontanée de la compensation provoquée.

29. – Compensation spontanée. Absence d'influence de la période suspecte. Il est aujourd'hui unanimement admis que le caractère automatique de la compensation légale fait présumer, à l'égard de ce mode de paiement, l'absence de fraude. Il semble en effet exclu de suspecter la collusion des parties, la compensation opérant, aux termes même de l'art. 1290 C. civ., « *de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs* ». Une jurisprudence séculaire est en ce sens, approuvée par la totalité de la doctrine⁶⁰. Cette position est logique. Se produisant indépendamment de toute intervention des parties au mécanisme lui-même, la compensation doit être considérée comme un mode normal de paiement au sens de l'art. L. 621-107-4° C. com.

Certains auteurs réservent l'hypothèse dans laquelle une des parties aurait connaissance de l'état de cessation des paiements du débiteur. Ils estiment alors que dans un tel cas, la compensation légale pourrait tomber sous le coup des nullités facultatives de l'art.

⁶⁰ V. Req., 8 juil. 1862, *D. P.* 1862, 511 ; Civ., 24 avril 1923, *D. P.* 1926, 16 ; Com., 20 juin 1962, *Bull. civ. III*, n° 326 ; PERCEROU et DESSERTAUX, *Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires*, tome I, Rousseau, 2^{ème} éd., n° 627 ; RIPERT et ROBLOT, *Traité de droit commercial*, tome II, par GERMAIN et DELEBECQUE, L. G. D. J., 16^{ème} éd., n° 3125 ; DUBOC, *La compensation et les droits des tiers*, th. Nice, L. G. D. J., 1989, n° 230 et 231 ; PEDAMON et CARMET, *La compensation dans les procédures collectives de règlement du passif*, *D.* 1976, Chron., 123 ; PEDAMON, *La compensation des dettes connexes*, *R. J. Com.*, nov. 1992, n° spécial, 72.

L. 621-108 C. com.⁶¹ Ces auteurs citent à leur appui un seul arrêt de la Cour d'appel de Caen de 1972⁶² qui ne nous semble pas probant. Si la décision admet d'une manière très opportuniste la possibilité d'annuler un paiement par compensation au cours de la période suspecte sur le fondement de l'ancien art. 31 de la loi du 13 juillet 1967, elle refuse en l'espèce l'annulation. En outre et surtout, on ne voit pas pourquoi la seule connaissance de l'état de cessation des paiements, en l'absence de toute fraude avérée, devrait faire obstacle à la réalisation d'un mécanisme qui, on l'a vu, est entièrement autonome aux termes de la loi. Une partie importante de la doctrine est en ce sens⁶³. Toutefois, un arrêt plus récent de la Cour de cassation pourrait alimenter la thèse inverse⁶⁴. En l'espèce, le liquidateur d'une société avait assigné le président de celle-ci en paiement de la somme qui correspondait à sa part dans la libération du capital, qui avait été décidée par le conseil d'administration de la société quelques jours après la date de cessation des paiements. Le président avait alors opposé au liquidateur la compensation de sa dette de libération du capital avec sa créance détenue sur la société au titre de sa rémunération en sa qualité de dirigeant. La Cour d'appel avait fait droit à la compensation, en relevant que la créance du président au titre de sa rémunération était certaine, liquide et exigible, donc échue à la date de la décision du conseil d'administration d'appeler à la libération du solde du capital, et que le mode de paiement était normal en l'espèce⁶⁵. La Cour de cassation casse l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 29 octobre 1993 : « *Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si, au moment où il a reçu le paiement de ses rémunérations échues, M. Bruyant n'avait pas connaissance de l'état de cessation des paiements de la société Les façadiers de Paris, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision.* » Il peut sembler en effet que la Cour de cassation ouvre la voie de la nullité facultative de la compensation légale survenue en période suspecte lorsque le créancier de l'insolvable avait connaissance de la cessation des paiements de ce dernier. Cependant, il nous semble que c'est donner à cette décision une portée à laquelle elle est loin de pouvoir prétendre. Il est évident que la Cour d'appel de Paris encourait la cassation si, se fondant sur

⁶¹ V. en ce sens RIPERT et ROBLOT, *Traité de droit commercial*, tome II, par GERMAIN et DELEBECQUE, L. G. D. J., 16^{ème} éd., n° 3125.

⁶² V. Caen, 31 janv. 1972, *Gaz. Pal.* 1972, I, 354 ; on peut également citer, moins récemment, Nancy, 4 mars 1873, *D. P.* 1874, 41.

⁶³ V. PEDAMON et CARMET, *La compensation dans les procédures collectives de règlement du passif*, *D.* 1976, Chron., 123 ; DUBOC, *La compensation et les droits des tiers*, n° 231.

⁶⁴ V. Com., 28 mai 1996, *Bull. civ. IV*, n° 152, *Rép. Def.* 1997, 470, note LE CANNU.

⁶⁵ On ne fera pas davantage de commentaires sur cette formule proprement incompréhensible, et ce d'autant plus qu'il semble que la rédaction de l'arrêt d'appel fasse apparaître une erreur matérielle de fondement : l'arrêt de la Cour d'appel semble être fondé sur l'art. 178 de la loi de 1985, alors même que l'article visé devait être l'art. 108. La Cour de cassation a d'ailleurs pris soin de citer l'article entre guillemets. On concédera que ces errements ne rendent pas aisée l'interprétation de l'arrêt...

l'art. 108 de la loi du 25 janvier 1985, elle omettait d'examiner ce qui fait le cœur de ce texte : la connaissance par le créancier de l'état de cessation des paiements de son débiteur. En outre, le fondement évoqué par la Cour d'appel est tout simplement indéterminable ; selon la lecture qu'on adopte de l'arrêt, on peut tout aussi bien soutenir que la Cour d'appel s'était fondée sur l'art. 107-4° de la loi du 25 janvier 1985, ce qui rend la solution de la Cour de cassation incompréhensible, sauf à conférer à l'attendu précité une valeur générale. Ce n'est cependant pas notre position.

30. – Compensation provoquée. Distinctions. On l'a vu, la compensation légale peut être provoquée, soit par l'intervention du juge, soit par l'intervention des parties. Nous avons également vu que sa réalisation intrinsèque ne perd pas sa spontanéité. En revanche, l'intervention du juge ou des parties dans le conditionnement du mécanisme compensatoire doit inspirer la méfiance. On trouve au sein de la jurisprudence une casuistique importante, qu'il est nécessaire d'exposer en distinguant l'intervention du juge (A) de l'intervention des parties (B).

A. – L'intervention du juge

31. – La doctrine estime en général que l'intervention du juge à la compensation dans le cadre du mécanisme de la compensation judiciaire ôte au paiement son éventuel caractère frauduleux⁶⁶. Cette analyse est parfaitement justifiée au regard de ce qui a été dit plus haut à propos de la nature de la compensation judiciaire. Nous avons vu qu'elle n'était qu'une compensation légale anticipée. Le juge est donc libre de permettre ou non la compensation légale, en liquidant la créance invoquée en compensation ou en prononçant éventuellement la déchéance du terme⁶⁷. Le juge est dès lors à même d'apprécier l'opportunité de cette compensation au cours de la période suspecte.

Encore faut-il réserver l'hypothèse dans laquelle les parties sont intervenues. On va le voir, les solutions sont dans ce cas plus complexes.

⁶⁶ V. en ce sens PERCEROU et DESSERTAUX, *Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires*, tome I, Rousseau, 2^{ème} éd., n° 629 ; RIPERT et ROBLOT, *Traité de droit commercial*, tome II, par GERMAIN et DELEBECQUE, L. G. D. J., 16^{ème} éd., n° 3125 ; DUBOC, *La compensation et les droits des tiers*, th. Nice, L. G. D. J., 1989, n° 234 ; v. également Req., 30 mars 1936, *Journ. faillites* 1936, 107.

⁶⁷ Cf. *supra*.

B. – L'intervention des parties

32. – Il faut ici entendre l'intervention des parties *lato sensu*. Nous allons voir qu'elle ne se limite pas à la compensation conventionnelle. Les parties peuvent également agir frauduleusement dans le cadre de la compensation légale, en s'obligeant dans le seul but de faire naître une créance réciproque compensable, ou dans le cadre de la compensation judiciaire, en jouant une comédie de nature à tromper le juge qui la prononcera. Nous verrons que la jurisprudence réagit de manière uniforme face à ces différentes hypothèses d'intervention des parties, en cherchant prioritairement à condamner la fraude. Mais il existe un réel flottement quant aux fondements applicables aux solutions adoptées. Ce flottement s'explique par le fait que le juge, quel que soit le mode d'intervention des parties, est face à une compensation légale. Les parties créent conventionnellement les conditions requises pour la réalisation de celle-ci dans le mécanisme de compensation conventionnelle, ou interviennent dans le cadre d'une collusion frauduleuse pour permettre une compensation légale ou éventuellement judiciaire. Quoiqu'il en soit, le mode de paiement en lui-même est exempt de tout soupçon. C'est l'acte des parties qu'il faut atteindre, car c'est lui qui se trouve être frauduleux. Or, la jurisprudence a tendance à laisser de côté, par souci d'efficacité de la répression, ces considérations de technique juridique.

33. – *Intervention des parties dans le cadre de la compensation légale*. La doctrine a très tôt admis que la compensation légale ne produisait ses effets au cours de la période suspecte que dans la mesure où elle avait été amenée « *par la marche naturelle des choses, sans aucun fait actuel de l'homme* »⁶⁸. Cette opinion, reprise par l'unanimité de la doctrine, vise à appréhender la situation dans laquelle un créancier de l'insolvable, pressentant le risque d'ouverture d'une procédure contre son débiteur, s'oblige à son tour envers ce dernier « *dans l'unique dessein d'être payé par compensation* »⁶⁹. La fraude ainsi réalisée est extrêmement efficace, dans la mesure où elle permet la mise en œuvre d'un paiement automatique qui, on l'a vu, tend à écarter toute idée de fraude.

La jurisprudence a très tôt réagi face à ce type d'agissement, en annulant de manière systématique le paiement ainsi réalisé. Mais les difficultés naissent lorsqu'on s'attache à déterminer le fondement des solutions adoptées. Sous l'empire des législations antérieures, la

⁶⁸ V. J. E. L., note sous Civ., 27 juin 1876, S. 1877, 241.

⁶⁹ V. DUBOC, *La compensation et les droits des tiers*, th. Nice, L. G. D. J., 1989, n° 232.

Cour de cassation a opté pour l'inopposabilité de droit⁷⁰. La Cour de cassation considère en effet que la compensation légale ainsi créée n'est pas un mode normal de paiement. Cette analyse mérite cependant d'être affinée. En effet, des arrêts plus récents ont fait apparaître deux techniques distinctes pour aboutir à cette inopposabilité de droit telle que définie à l'ancien art. 29 de la loi du 13 juillet 1967. Certains arrêts relèvent que la compensation a été créée fictivement, par une voie détournée, et qu'elle constitue à ce titre un mode anormal de paiement⁷¹. Cette solution, si elle a le mérite de l'efficacité, n'a pas celui de la rigueur juridique. En effet, ainsi que nous l'avons fait remarquer plus haut, le mode de paiement que constitue la compensation légale, quand bien même il aurait été créé fictivement, ne nous semble pas pouvoir être anormal. C'est l'agissement des parties qui est condamnable, pas le jeu de la compensation légale⁷². C'est pourquoi nous pensons que la solution adoptée par une autre série d'arrêts doit susciter l'approbation⁷³. Le raisonnement adopté par la Cour de cassation à l'occasion de ces décisions consiste à considérer que l'engagement artificiel du créancier de l'insolvable permet à celui-ci de s'acquitter de sa dette envers le premier par une dation en paiement. En effet, le créancier, en s'obligeant envers l'insolvable, autorise celui-ci à se libérer de sa dette en fournissant autre chose que ce qu'il devait à l'origine. Il le dispense d'un transfert de numéraire en créant un paiement par compensation. Or, sous l'empire des inopposabilités comme des nullités de la période suspecte, la dation en paiement est analysée comme un mode anormal de paiement, car elle porte violemment atteinte à l'égalité des créanciers. Cette solution a le mérite, pour reprendre l'expression de MM. PEDAMON et CARMET, « d'atteindre le mal à sa racine »⁷⁴. Elle permet de sanctionner l'agissement des

⁷⁰ V. Civ., 7 fév. 1899, S. 1899, 305 ; Req., 22 nov. 1899, D. 1900, Jur., 14.

⁷¹ V. Com., 7 oct. 1975, Bull. civ. IV, n° 223 : « Attendu que la Cour d'appel, répondant aux conclusions invoquées, a relevé en outre que la vente faite par la société S. A. F. R. à la société Moenus le 2 mars 1967 était postérieure à la date de cessation des paiements, fixée au 31 janvier 1967, et qu'elle avait tendu, par une voie détournée, à faire naître une compensation légale au profit de la société S. A. F. R. ; qu'elle a pu en déduire, sans avoir à rechercher si les dettes réciproques présentaient les caractères entraînant la compensation légale, que la compensation opérée par les sociétés S. A. F. R. et Moenus ne constituait pas un mode normal de paiement au sens de l'art. 29-4° de la loi du 13 juillet 1967. » ; v., dans le même sens, Com., 21 mai 1979, Bull. civ. IV, n° 165 ; v. plus récemment, Com., 19 déc. 2000, Bull. civ. IV, n° 203, visant la compensation « provoquée » sans davantage de précision.

⁷² V. en ce sens PEDAMON et CARMET, *La compensation dans les procédures collectives de règlements du passif*, D. 1976, Chron., 123.

⁷³ V. Com., 14 fév. 1973, Bull. civ. IV, n° 78 : « Attendu, d'autre part, que la Cour d'appel, après avoir relevé que la société Les hautes futaies avait conclu la vente, afin de devenir créancière de l'I. P. R. C. R. A. et de compenser à due concurrence sa propre dette avec partie du prix en faisant ainsi apparaître une compensation légale fictivement créée et que l'opération litigieuse avait dissimulé une dation en paiement faite pendant la période suspecte, a pu décider que la compensation en cause ne constituait pas un mode normal de paiement au sens de l'art. 29-4° précité de la loi du 13 juillet 1967. » ; v. également Com., 16 mars 1981, Bull. civ. IV, n° 137 ; v., sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, Com., 20 fév. 1996, Bull. civ. IV, n° 55.

⁷⁴ V. PEDAMON et CARMET, *La compensation dans les procédures collectives de règlement du passif*, D. 1976, Chron., 123.

parties, qui, par un engagement artificiel, réalisent une dation en paiement qui se résout en une compensation. Cette vision des choses est d'ailleurs adoptée par une doctrine autorisée⁷⁵. Cependant, elle est critiquée par certains auteurs qui estiment que la dation en paiement ainsi réalisée n'est que fictive. En effet, si *Primus*, créancier de l'insolvable *Secundus*, s'engage envers ce dernier aux fins de compenser sa créance avec la dette ainsi créée, ce nouvel engagement fera nécessairement naître à la charge de *Secundus* une obligation nouvelle qui ne sera pas éteinte par compensation. C'est pourtant l'existence de cette obligation nouvelle qui justifie la qualification de dation en paiement. On comprend donc que l'insolvable, en exécutant cette obligation nouvelle, n'éteindra pas sa dette envers le créancier, car celle-ci sera d'ores et déjà éteinte par l'effet de la compensation légale. L'effet extinctif de la dation en paiement ne serait donc qu'imparfait⁷⁶. Cependant, la qualification proposée par M. DERRIDA ne nous semble pas exempte de toute critique. Ce dernier opte en effet pour la qualification de compensation conventionnelle, en se fondant sur les termes d'un arrêt de la Cour de cassation de 1992⁷⁷. En l'espèce, l'insolvable avait, postérieurement à la cessation de ses paiements, vendu à son prêteur un immeuble ; une partie du prix avait été réglée par compensation avec la créance de remboursement du prêt. La Cour d'appel de Rouen avait, dans un arrêt du 22 mars 1990, retenu que le mode de paiement du prix était anormal, et avait déclaré inopposable à la masse l'acte de vente ; l'arrêt encourait à ce titre la cassation, dans la mesure où seul le paiement pouvait être frappé d'inopposabilité. C'est ce qu'affirme la Cour de cassation, en qualifiant l'opération réalisée de compensation conventionnelle. Nous l'avons vu, la compensation conventionnelle doit être entendue comme l'opération par laquelle les parties conviennent d'imprimer à leurs obligations les caractéristiques nécessaires à leur compensation légale. M. DERRIDA a approuvé l'adoption de cette qualification dans ses observations, en des termes qui laissent à penser qu'elle devrait être adoptée pour l'ensemble des hypothèses de compensation légale créée fictivement. Or, il nous semble que c'est faire là une lecture rapide de l'arrêt. En effet, en l'espèce, contrairement à ce que soutient M. DERRIDA, la créance de prêt n'était pas exigible à la date de la vente ; la Cour de cassation précise en effet qu'elle n'est remboursable qu'un mois après première demande. Dès lors, il s'agissait bel et bien d'une compensation conventionnelle. C'est à ce titre que la Cour de cassation a adopté cette qualification, et non pour proposer une analyse nouvelle de l'opération de création fictive de la compensation légale en période suspecte.

⁷⁵ V. RIPERT et ROBLOT, *Traité de droit commercial*, tome II, par GERMAIN et DELEBECQUE, L. G. D. J., 16^{ème} éd., n° 3125.

⁷⁶ V. DERRIDA, obs. sous Com., 31 mars 1992, *D.* 1993, Somm., 73.

⁷⁷ V. Com., 31 mars 1992, *Bull. civ. IV*, n° 144, *D.* 1993, Somm., 73, obs. DERRIDA.

Il faut à notre avis se résoudre à la qualification de dation en paiement qui, bien que n'étant pas l'expression de la plus grande rigueur juridique, permet de préserver l'équilibre des solutions exposées à propos de la compensation légale. Elle est le seul moyen d'atteindre l'acte frauduleux des parties, car la dation est un mode de paiement, et que seuls les modes de paiement sont visés par l'art. L. 621-107-4° C. com.⁷⁸ Pour cette raison, certains auteurs ont préconisé l'utilisation des nullités facultatives pour condamner ces agissements. L'idée est séduisante, car l'art. L. 621-108 C. com. vise tous les actes à titre onéreux accomplis après la date de cessation des paiements, ce qui permet aisément d'atteindre le type d'agissements frauduleux dont il est question. Cependant, il faut tenir compte du fait que le système des nullités facultatives exige la preuve de la connaissance par le créancier qui s'oblige de l'état de cessation des paiements de son débiteur. Et force est de constater que cette preuve est bien souvent complexe, pour ne pas dire impossible. Encore faut-il modérer ce tempérament en signalant que la jurisprudence, statuant sur le terrain des inopposabilités ou des nullités de droit, le fait dans des hypothèses où le créancier en question avait nécessairement connaissance de cet état de cessation des paiements ; il est même des hypothèses dans lesquelles la Cour de cassation relève cette connaissance⁷⁹.

Il faut à notre avis conclure que c'est aussi par souci d'économie procédurale que la Cour de cassation statue sur le terrain des nullités de droit, au détriment, encore une fois, d'une parfaite rigueur juridique.

34. – Intervention des parties dans le cadre de la compensation judiciaire. Il est envisageable que les agissements frauduleux des parties rendent insuffisante la garantie offerte par le juge dans le cadre de la compensation judiciaire. On peut en effet imaginer que le créancier de l'insolvable, ayant connaissance des difficultés de son débiteur, fasse liquider sa créance en retardant le paiement de sa dette pour provoquer un paiement par compensation avant l'ouverture de la procédure. On peut encore imaginer que les deux parties, au terme d'une véritable collusion frauduleuse, fassent en sorte que leurs créances réciproques qui ne remplissent pas encore les conditions nécessaires à leur compensation légale bénéficient de l'onction du juge, tout en sachant pertinemment qu'une telle opération est préjudiciable aux autres créanciers. La jurisprudence, à notre connaissance, n'a jamais eu à se prononcer sur de

⁷⁸ D'où évidemment la tentation de condamner de manière directe l'opération de compensation, et ce d'autant plus que la qualification de dation en paiement implique que l'agissement frauduleux lui-même ait été commis pendant la période suspecte.

⁷⁹ V. Com., 21 mai 1979, *Bull. civ. IV*, n° 165, préc., qui relève que « *la F. A. F. connaissait la situation obérée d'Ascoat* ».

telles hypothèses. Toutefois, certains auteurs estiment que dans un tel cas, le système des nullités facultatives de l'art. L. 621-108 C. com. doit permettre au représentant des créanciers de former tierce opposition au jugement obtenu frauduleusement⁸⁰. On signalera cependant les difficultés de preuve auxquelles sera confronté le représentant des créanciers qui viendrait à intenter une telle action ; celui-ci devra en effet prouver non seulement la connaissance par le créancier de l'état de cessation des paiements du débiteur, mais encore la collusion frauduleuse, le cas échéant, qui a animé les parties.

35. – Intervention des parties dans le cadre de la compensation conventionnelle.

Ainsi qu'il a été précisé plus haut, nous n'aborderons ici que l'hypothèse de la compensation conventionnelle *stricto sensu*, par laquelle les parties conviennent d'imprimer à leurs obligations réciproques les qualités nécessaires pour qu'elles se compensent. Nous verrons plus tard quelle est l'influence de la connexité des créances compensées, tant dans le cadre d'une compensation conventionnelle *stricto sensu* que dans le cadre de la compensation conventionnelle *in futurum*.

La jurisprudence condamne de manière systématique la compensation conventionnelle opérée en période suspecte⁸¹. Cependant, le fondement utilisé est lié au domaine d'intervention des parties. Il sera différent selon que les parties agissent sur la liquidité, l'exigibilité ou la fongibilité de leurs créances. La raison de cette disparité tient à ce que là encore, la compensation conventionnelle s'analyse en une forme de compensation légale anticipée. Les parties confèrent à leurs créances réciproques les qualités qui leur manquent pour que la compensation légale puisse jouer dans les termes de l'art. 1290 C. civ. Dès lors, c'est l'acte des parties qu'il faut atteindre, et non le paiement en lui-même, qui résulte de la loi. Il semble donc nécessaire d'envisager plusieurs hypothèses.

36. – Intervention sur l'exigibilité des créances. Les parties peuvent intervenir sur l'exigibilité de leurs créances selon deux modalités distinctes. D'une part, il est possible que le créancier de l'insolvable renonce au terme institué dans son propre intérêt. Dans un tel cas, on ne peut reprocher au créancier l'exercice de ce droit à renonciation que s'il est illégitime, c'est-à-dire fait en connaissance de l'état de cessation des paiements de l'insolvable. Le

⁸⁰ V. en ce sens PERCEROU et DESSERTAUX, *Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires*, tome I, Rousseau, 2^{ème} éd., p. 857, note 3 ; DUBOC, *La compensation et les droits des tiers*, th. Nice, L. G. D. J., 1989, n° 235 ; PEDAMON et CARMET, *La compensation dans les procédures collectives de règlement du passif*, D. 1976, Chron., 123.

⁸¹ Réserve faite, encore une fois, de l'incidence de la connexité des dettes en présence, ce qui exclut, dans le cadre de ce paragraphe, l'hypothèse dans laquelle les dettes sont incluses dans un même compte, cf. *infra*.

paiement ainsi réalisé tomberait sous le coup des nullités facultatives de l'art. L. 621-108 C. com.⁸² D'autre part, il est envisageable que l'insolvable lui-même renonce au terme institué dans son propre intérêt. Dans cette hypothèse, la nullité de droit est envisageable sur le fondement de l'art. L. 621-107-3° C. com., car le débiteur paie alors une dette non échue⁸³.

37. – Intervention sur la liquidité des créances. Une partie de la doctrine estime qu'une telle intervention des parties doit être condamnée par la nullité de droit de l'art. L. 621-107-4° C. com. Ces auteurs mettent l'accent sur l'atteinte à l'égalité des créanciers qui résulterait d'une telle compensation conventionnelle⁸⁴, qui rendrait anormal ce mode de paiement. La jurisprudence semble être en ce sens⁸⁵. Nous approuvons cette position, mais il est vrai qu'encore une fois, le choix de la nullité de droit tient surtout à un souci d'efficacité juridique de la répression. Certains auteurs soutiennent à ce titre que seule la nullité facultative devrait être envisagée⁸⁶. Cette position a le mérite de la rigueur, en permettant d'atteindre, du moins intellectuellement, l'acte de liquidation des parties.

38. – Intervention sur la fongibilité des créances. Si tant est qu'une telle intervention soit possible d'un point de vue purement conceptuel⁸⁷, la fongibilité conventionnelle créée au cours de la période suspecte doit faire l'objet d'une nullité de droit, car elle réalise une dation en paiement prohibée par l'art. L. 621-107-4° C. com. En effet, en attribuant aux créances réciproques la fongibilité qui leur manquait, le créancier de l'insolvable accepte de recevoir en paiement de sa créance un objet différent de celui qui était initialement prévu. La doctrine est unanime sur ce point, appuyée par une jurisprudence stable⁸⁸.

⁸² V. en ce sens DUBOC, *La compensation et les droits des tiers*, Th. Nice, L. G. D. J., 1989, n° 236 ; *contra*, n'envisageant pas la nullité facultative, PEDAMON et CARMET, *La compensation dans les procédures collectives de règlement du passif*, D. 1976, Chron., 123.

⁸³ V. en ce sens DUBOC, *La compensation et les droits des tiers*, th. Nice, L. G. D. J., 1989, n° 236 ; LUCAS de LEYSSAC, *L'utilisation de la compensation en droit commercial*, th. Paris I, dactyl., n° 266 ; PEDAMON et CARMET, *La compensation dans les procédures collectives de règlement du passif*, D. 1976, Chron., 123.

⁸⁴ V. not. PEDAMON et CARMET, *La compensation dans les procédures collectives de règlement du passif*, D. 1976, Chron. 123.

⁸⁵ V. Req., 29 juil. 1935, S. 1936, 5.

⁸⁶ V. DUBOC, *La compensation et les droits des tiers*, th. Nice, L. G. D. J., 1989, n° 236 ; LUCAS de LEYSSAC, *L'utilisation de la compensation en droit commercial*, th. Paris I, dactyl., n° 264.

⁸⁷ Cf. *supra*.

⁸⁸ V. Req., 22 nov. 1899, D. 1900, Jur., 14 ; LUCAS de LEYSSAC, *L'utilisation de la compensation en droit commercial*, th. Paris I, dactyl., n° 266 ; DUBOC, *La compensation et les droits des tiers*, th. Nice, L. G. D. J., 1989, n° 236 ; PEDAMON et CARMET, *La compensation dans les procédures collectives de règlement du passif*, D. 1976, Chron., 123.

39. – Conclusion. Nous avons ainsi montré que le principe d'autorisation de la compensation réalisée antérieurement au jugement d'ouverture est tempéré par le souci de préserver l'égalité des créanciers, qui s'exprime à travers la notion de période suspecte. Ce n'est là que l'illustration d'un principe général du droit civil, qui trouve son origine dans l'adage latin « *Fraus omnia corrumpit* ». Il n'y a donc pas lieu de s'étonner de ce que certaines solutions exposées à titre de principe se trouvent remises en cause. Cependant, encore une fois, nous insisterons sur le fait que les solutions jurisprudentielles adoptées quant aux nullités de la période suspecte doivent être comprises comme exprimant un véritable souci d'efficacité, souvent au détriment d'une réelle rigueur juridique.

Ce bref aperçu des conditions de la compensation des dettes non connexes avant l'ouverture de la procédure collective nous amène logiquement à aborder ce qu'il advient de la compensation des dettes non connexes après le jugement d'ouverture.

§ II. – De la compensation se produisant après le jugement d'ouverture

40. – L'art. L. 621-24 C. com. dispose que « *le jugement ouvrant la procédure emporte, de plein droit, interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture* ». La règle est ancienne, mais elle n'a été consacrée expressément que par la loi du 25 janvier 1985. Cette consécration a mis fin aux divergences doctrinales quant à la nature exacte de l'interdiction, postérieurement à l'ouverture de la procédure, de la compensation des dettes nées antérieurement au jugement d'ouverture. Il ressort désormais clairement du texte même de l'art. L. 621-24 C. com. que la compensation des dettes non connexes est interdite en tant que mode de paiement, le texte autorisant expressément la compensation des dettes connexes⁸⁹. L'interdiction de la compensation n'est donc pas liée à l'ancienne institution du dessaisissement, mais bien à un principe général d'égalité entre créanciers chirographaires⁹⁰.

Il convient à notre sens d'aborder deux idées. La prohibition du paiement des dettes antérieures interdit, on vient de le voir, toute compensation après l'ouverture de la procédure. Ce principe simple appelle quelques commentaires et emporte certaines conséquences (I). Mais la compensation postérieure à l'ouverture de la procédure ne se limite pas aux dettes antérieures. Il convient d'envisager également le sort de la compensation qui, se produisant

⁸⁹ L'autorisation de la compensation des dettes connexes après le jugement d'ouverture a été consacrée par la loi du 10 juin 1994.

⁹⁰ V. sur ce point DUBOC, *La compensation et les droits des tiers*, th. Nice, L. G. D. J., 1989, n° 237.

après l'ouverture de la procédure, fait intervenir une ou plusieurs créances nées postérieurement à celle-ci (II).

I. – De l'interdiction de la compensation de dettes antérieures après le jugement d'ouverture

41. – Principe d'interdiction. Conséquences. Ainsi qu'on l'a vu plus haut, la compensation peut être analysée comme un mode de paiement, bien que cette qualification soit imparfaite. Il est en tout cas certain que la compensation réalise économiquement un paiement, ou, plus exactement, réalise un double paiement fictif. La compensation permet l'extinction réciproque de deux obligations. Du côté du débiteur, le résultat est en effet semblable à celui qu'il aurait obtenu en s'acquittant de sa dette auprès de son créancier. L'art. L. 621-24 al. 1 C. com. interdit que l'opération de compensation se réalise après la date du jugement d'ouverture. Il faut évidemment comprendre ce texte comme interdisant la compensation de dettes nées antérieurement au jugement d'ouverture, puisque seul le paiement de ces dettes est prohibé par l'art. L. 621-24 C. com. Il importe ici de préciser que sont visés les paiements de toute créance, chirographaire ou munie de sûretés, échue au jugement d'ouverture ou postérieurement⁹¹.

Le paiement fait en violation de l'interdiction posée à l'art. L. 621-24 C. com. peut naturellement être annulé à la demande de tout intéressé, et est en outre sévèrement sanctionné sur le plan pénal⁹².

L'interdiction des paiements à compter du jugement d'ouverture emporte une conséquence fondamentale : elle soumet les créanciers concernés à la procédure. En d'autres termes, elle les place sur un pied d'égalité, du moins en ce qui concerne les créanciers chirographaires. Pour ce faire, le droit des procédures collectives impose à chaque créancier concerné de déclarer sa créance, qui sera vérifiée puis, le cas échéant, admise, et ce à peine de forclusion. Ainsi, l'art. L. 621-43 C. com. dispose qu'à partir « *de la publication du jugement, tous les créanciers dont la créance a son origine antérieurement au jugement d'ouverture, à l'exception des salariés, adressent la déclaration de leurs créances au représentant des créanciers* ». Depuis la loi du 25 janvier 1985, sont concernés tant les créanciers privilégiés que les créanciers chirographaires.

⁹¹ V. en ce sens RIPERT et ROBLOT, *Traité de droit commercial*, tome II, par GERMAIN et DELEBECQUE, L. G. D. J., 16^{ème} éd., n° 3038 ; v., pour une créance garantie par un nantissement, Com., 11 avril 1995, *Bull. civ. IV*, n° 124, *J. C. P.* 1996, I, 3896.

⁹² V. art. L. 626-8 C. com.

On comprend donc que la situation du créancier également débiteur de l'insolvable est peu enviable dès lors que l'une des dettes ne remplit pas les conditions de la compensation légale à la date du jugement d'ouverture. Ledit créancier se trouve astreint à la discipline collective ; acculé à la déclaration de sa créance, il ne percevra dans le meilleur des cas qu'un dividende bien inférieur au montant nominal de sa créance ; il devra en revanche s'acquitter de sa dette envers l'insolvable à sa demande ou à celle de l'administrateur le cas échéant. La compensation affiche donc ici pleinement son rôle de garantie, alors même que les dettes en cause ne sont pas connexes. Un rôle de garantie qui, en l'absence de connexité, est passablement limité par l'interdiction des paiements postérieurement au jugement d'ouverture.

L'obligation de produire pesant sur le créancier est fondamentale, et crée à la charge de ce dernier un risque auquel il doit prendre garde. En effet, lorsqu'il existe, avant l'ouverture de la procédure collective, une créance réciproque de l'insolvable sur le créancier, mais que les deux obligations ne remplissent pas les conditions nécessaires pour que la compensation légale entre en jeu avant l'ouverture de la procédure, le créancier peut être tenté de déclarer non pas sa créance mais la résultante d'une compensation qui ne se produira qu'après l'ouverture de la procédure. Cette réaction est compréhensible, dans la mesure où généralement les conditions qui manquent aux créances pour se compenser avant l'ouverture de la procédure seront réalisées après celle-ci, souvent dans un court laps de temps. Mais si le créancier déclare la résultante de cette compensation future, la procédure de vérification des créances aura pour effet de n'admettre ce créancier que pour la somme exacte déclarée, qu'elle soit ou non la résultante d'une compensation. Dès lors, la compensation future se produira effectivement, mais entre la créance de l'insolvable sur son créancier et la créance déclarée du créancier sur l'insolvable. Dans un tel cas, le créancier étant forclos pour la part non déclarée de sa créance, il peut, par simple négligence, être gravement lésé lors de la réalisation de la compensation⁹³.

Le principe d'interdiction de la compensation des dettes antérieures à l'ouverture de la procédure postérieurement au jugement d'ouverture emporte en outre des conséquences importantes quant au sort de la compensation faisant intervenir une ou des dettes nées postérieurement à l'ouverture de la procédure.

⁹³ V. en ce sens, Com., 20 mars 2001, *Bull. civ. IV*, n° 62 ; v. également, pour des dettes connexes, le créancier étant dans ce cas soumis au même régime de déclaration, Com., 1^{er} déc. 1992, *D.* 1993, Jur., 513, note SORTAIS.

II. – De l’interférence des créances postérieures

42. – Il convient ici d’aborder deux questions. La première est en apparence simple, elle n’est que la conséquence logique *a contrario* du principe d’interdiction des paiements de dettes antérieures au jugement d’ouverture : il s’agit du sort de la compensation se réalisant entre deux créances nées postérieurement au jugement d’ouverture (A). Nous verrons qu’en réalité, cette question recèle de réelles difficultés. La seconde est tout aussi délicate. Il s’agit du sort de la compensation faisant intervenir une dette née antérieurement au jugement d’ouverture et une dette née postérieurement à celui-ci (B).

A. – Sort de la compensation entre créances postérieures

43. – **Autorisation de principe.** L’art. L. 621-24 C. com. n’interdit que le paiement des créances nées antérieurement au jugement d’ouverture. Il faut en déduire qu’est autorisée la compensation de créances réciproques nées postérieurement au jugement d’ouverture de la procédure. Cette solution est logique et n’est aucunement choquante. En effet, en principe, les créances postérieures sont des créances privilégiées, visées par l’art. L. 621-32 C. com. Le texte exprime l’idée classique selon laquelle le règlement des créanciers postérieurs à l’ouverture de la procédure doit s’effectuer par préférence à celui des créanciers antérieurs. La règle est particulièrement justifiée aujourd’hui, l’esprit de la législation depuis la loi du 25 janvier 1985 étant le redressement de la société. Il est indispensable d’encourager les créanciers à traiter avec le débiteur en phase d’observation, afin de permettre son redressement⁹⁴.

L’art. L. 621-32 C. com. dispose ainsi que « *les créances nées régulièrement après le jugement d’ouverture sont payées à leur échéance lorsque l’activité est poursuivie* ». Dans les autres cas, le texte met en place un privilège très efficace au profit des créanciers postérieurs, et organise un ordre de paiement interne. Il est donc logique d’admettre la compensation entre dettes postérieures, celle-ci n’ayant plus lieu au préjudice des autres créanciers. Il faut admettre que l’ouverture de la procédure fait place à une nouvelle égalité, qui exclut les créanciers antérieurs. C’est là l’expression d’une certaine relativité du principe d’égalité des créanciers, qui ne sont traités également qu’à situation égale, du moins après l’ouverture de la procédure. La jurisprudence confirme cette possibilité de procéder à la compensation entre

⁹⁴ V. RIPERT et ROBLOT, *Traité de droit commercial*, tome II, par GERMAIN et DELEBECQUE, L. G. D. J., 16^{ème} éd., n° 3062.

créances postérieures⁹⁵, dans la droite ligne d'un arrêt important du 10 juillet 1990⁹⁶ qui affirmait que les créanciers de l'ancien art. 40 de la loi du 25 janvier 1985 pouvaient être payés à l'échéance de leur créance sans avoir à subir le concours ou la préférence des autres créanciers qui n'ont pas exercé leurs droits antérieurement. Ce que la Cour de cassation affirmait à cette occasion, c'est que l'ouverture de la procédure collective, si elle instaure entre les créanciers antérieurs une égalité parfaite, ne préserve en rien l'égalité entre les créanciers postérieurs dans leurs rapports internes. L'ouverture de la procédure collective ouvre entre les créanciers postérieurs un système fondé sur le droit commun.

Il est donc certain que la compensation entre créances postérieures doit être admise. Toutefois, il nous semble nécessaire d'évoquer deux éléments perturbateurs. D'une part, toutes les créances postérieures ne bénéficient pas du privilège de l'art. L. 621-32 C. com. D'autre part, il convient d'examiner l'incidence du système légal de continuation des contrats en cours, qui peut dans certains cas semer le doute sur les solutions proposées.

44. – Créances postérieures privilégiées et autres créances postérieures. Nous ne reviendrons pas de manière exhaustive sur cette question particulièrement délicate qu'est la détermination du champ d'application de l'art. L. 621-32 C. com. Le texte instaure un privilège au profit des seules créances « *nées régulièrement après le jugement d'ouverture* ». La doctrine s'oppose encore quant au sens exact de ce texte, certains auteurs estimant que la condition de régularité ne vise qu'à assurer le respect des pouvoirs des organes participant à la procédure⁹⁷, tandis que d'autres ajoutent une condition tenant à ce que la créance doit avoir un caractère nécessaire pour la gestion de l'entreprise. Le terrain d'élection de cette controverse est l'application de l'art. L. 621-32 C. com. aux créances délictuelles.

Toujours est-il qu'il nous semble nécessaire de nous interroger sur la possibilité de compenser deux créances postérieures, la créance du cocontractant sur le débiteur n'entrant pas dans le champ de l'art. L. 621-32 C. com. La solution est loin d'être évidente car la doctrine, non contente de s'opposer sur les seuls critères d'application de l'art. L. 621-32 C. com., adopte également des solutions différentes quant au sort des créances exclues du champ d'application du texte. Certains estiment que de telles créances sont des créances hors procédure, payées après les créances postérieures et antérieures, solution contestable car

⁹⁵ V. Com., 19 mars 1991, *Bull. civ. IV*, n° 105, *D.* 1993, Somm., 11, obs. DERRIDA.

⁹⁶ V. Com., 10 juil. 1990, *D.* 1990, Jur., 468, *Petites affiches*, 31 oct. 1990, 25.

⁹⁷ V. RIPERT et ROBLOT, *Traité de droit commercial*, tome II, par GERMAIN et DELEBECQUE, L. G. D. J., 16^{ème} éd., n° 3064, estimant que le texte vise « *toutes les créances nées après le jugement déclaratif, dans le respect des pouvoirs des organes participant à la procédure* ».

créant une suspension des poursuites sans texte. D'autres optent pour la qualification de créance postérieure non privilégiée, payée après les créances postérieures, mais avant les créances antérieures.

Les conséquences qui en résultent en termes de compensation sont importantes. Si on opte pour la qualification de créance postérieure non privilégiée, il y a lieu d'admettre la compensation, pour les raisons indiquées plus haut. Il n'y a en effet dans un tel cas aucune atteinte à l'égalité des créanciers au regard des créanciers antérieurs. En revanche, si on opte pour la qualification de créance hors procédure, la compensation est impossible. En effet, ces créances, non soumises à déclaration, mais payées après les créances antérieures, ne peuvent valablement être compensées avec une créance postérieure sans porter atteinte à l'égalité des créanciers antérieurs.

Il nous semble que la qualification la plus adéquate est celle de créance postérieure non privilégiée. Cette position dissocie deux fonctions de l'art. L. 621-32 C. com., la première consistant à soustraire toutes les créances postérieures au principe de suspension des poursuites, la seconde visant à exclure dans l'ordre interne les créances non liées à la continuation. Mais force est de constater que la solution est incertaine.

45. – Continuation des contrats en cours. Encore une fois, nous ne ferons qu'évoquer ce thème particulièrement complexe. La question de la compensation se pose à deux propos. D'une part, il s'agit d'examiner la possibilité de compenser une créance postérieure du débiteur sur son cocontractant avec la créance de dommages-intérêts que le cocontractant détient sur le débiteur dans l'hypothèse où l'administrateur, dans les conditions de l'art. L. 621-28 C. com., décide de résilier le contrat en cours liant les deux parties. Dans ce cas, l'art. L. 621-28 al. 5 C. com. dispose que « *si l'administrateur n'use pas de la faculté de poursuivre le contrat, l'inexécution peut donner lieu à des dommages-intérêts dont le montant sera déclaré au passif au profit de l'autre partie* ». On comprend la difficulté inhérente à cette disposition, qui classe la créance de dommages-intérêts du créancier sur l'insolvable parmi les créances à déclarer au passif, donc en toute logique parmi les créances antérieures soumises à l'interdiction des paiements. A notre avis, c'est la raison pour laquelle la compensation d'une telle créance avec une obligation réciproque du cocontractant envers le débiteur ne peut être admise, sous peine, encore une fois, de porter gravement atteinte à l'égalité des créanciers antérieurs⁹⁸.

⁹⁸ Il faut ici préciser que l'art. L. 621-28 al. 5 C. com. dispose que le cocontractant « *peut néanmoins différer la restitution des sommes versées en excédent par le débiteur en exécution du contrat jusqu'à ce qu'il ait été statué*

Une question semblable se pose lorsque la créance de dommages-intérêts du cocontractant tient à la résiliation ultérieure du contrat continué. Il est aujourd'hui admis qu'une telle créance est exclue du bénéfice de l'art. L. 621-32 C. com., cette interprétation résultant d'une lecture combinée de l'art. L. 621-32-III-3° C. com. et de l'art. 66 al. 2 du décret du 27 décembre 1985, dans sa rédaction issue du décret du 21 octobre 1994 ; elle doit en conséquence être déclarée au passif du débiteur, au même titre que les créances antérieures. Là encore, nous pensons qu'il est impossible d'envisager la compensation d'une telle créance avec une créance réciproque postérieure, les textes n'offrant en outre aucune possibilité de compensation au cas de connexité. Une telle opération aboutirait au paiement non autorisé d'une créance antérieure, portant ainsi de manière flagrante atteinte à l'égalité entre créanciers antérieurs.

B. – Sort de la compensation entre une dette antérieure et une dette postérieure

46. – Nous avons en réalité déjà abordé cette question dans les développements qui précèdent. En effet, nous nous sommes efforcés de démontrer que la compensation entre une créance postérieure du débiteur sur son cocontractant et la créance de dommages-intérêts que détient ce dernier sur le débiteur au titre de la résiliation de son contrat n'était en principe pas admissible, cette créance de dommages-intérêts devant être analysée, à la lecture des textes, comme une créance antérieure.

Cette solution est généralisable dès lors que c'est le créancier qui est titulaire d'une créance antérieure⁹⁹. Dans un tel cas, la compensation aboutirait au paiement d'une dette antérieure, prohibé par l'art. L. 621-24 C. com. En revanche, il faut s'interroger sur la possibilité d'admettre la compensation entre une créance antérieure du débiteur sur son créancier détenant sur le premier une créance postérieure. Il nous semble que cette fois, rien n'interdit la réalisation de la compensation, celle-ci n'aboutissant pas au paiement d'une créance antérieure au sens de l'art. L. 621-24 C. com.

sur les dommages-intérêts ». Certains auteurs estiment que cette disposition est destinée « à permettre le fonctionnement de la compensation qui est autorisée entre les deux obligations en raison de leur connexité », v. RIPERT et ROBLOT, *Traité de droit commercial*, tome II, par GERMAIN et DELEBECQUE, L. G. D. J., 16^{ème} éd., n° 3055 *in fine*. Nous verrons plus loin dans quelle mesure il est possible d'admettre la compensation de deux dettes connexes lorsque l'une est antérieure à l'ouverture et l'autre postérieure, la solution de procédure offerte par l'art. L. 621-28 al. 5 C. com. n'étant pas nécessairement généralisable, *cf. infra*. En tout état de cause, il nous semble impossible d'admettre une telle compensation en dehors d'une hypothèse de connexité des créances en cause.

⁹⁹ Réserve faite, encore une fois, de la connexité des créances en cause, *cf. infra*.

47. – Conclusion. Force est de constater que le régime de la compensation se produisant après le jugement d’ouverture de la procédure collective est loin d’être unitaire, alors même qu’il est régi par une règle simple. On perçoit d’ores et déjà le rôle perturbateur de la procédure collective. Le système complexe mis en place par le législateur, à coups de grandes lois souvent plus politiques que juridiques, ne peut se targuer que d’un esprit général cohérent : le redressement avant tout. Mais l’interférence du droit commun et la combinaison des solutions qui peuvent en résulter fait apparaître un ensemble qui encore une fois peut manquer d’harmonie.

Nous avons donc tracé les grandes lignes de la compensation des dettes non connexes dans la faillite. Ce préalable indispensable nous a permis de poser les jalons nécessaires à l’analyse future. Il convient alors d’aborder le second volet du droit commun de la compensation en matière de faillite, en s’attardant sur la compensation des dettes connexes.

Section II. – De la compensation des dettes connexes

48. – La notion de connexité est sans aucun doute la clef de voûte de la compensation en matière de faillite. Très tôt, la jurisprudence a compris que la règle de l’interdiction des paiements des dettes antérieures à compter de l’ouverture de la procédure collective présentait une rigueur incompatible avec la souplesse requise par les transactions commerciales. En effet, les créanciers réciproques peuvent être unis par un lien solide de nature à permettre la compensation là où d’ordinaire elle est interdite, c’est-à-dire après l’ouverture de la procédure collective. La notion, dégagée au fil des années par les juges, est complexe. Elle exprime l’idée simple selon laquelle deux créances réciproques unies par un lien d’interdépendance doivent pouvoir se compenser au détriment de l’égalité des créanciers antérieurs. Cette idée vague remonte au début du 19^{ème} siècle¹⁰⁰, la notion de connexité, telle que les auteurs l’analysent aujourd’hui, n’ayant été précisée que plus tard.

Nous ne reviendrons pas de manière exhaustive sur la jurisprudence abondante qui s’est exprimée sur ce sujet. Les auteurs les plus éminents ont fait œuvre de doctrine en la matière, il nous semble superflu dans le cadre de cette étude de scruter à nouveau deux siècles d’une jurisprudence exceptionnellement abondante. En revanche, force est de constater que la connexité est devenue un véritable instrument juridique, dont nous étudierons ultérieurement

¹⁰⁰ V. Req., 29 nov. 1832, S. 1833, 18, D. 1833, Jur., 108 ; Civ., 13 mars 1833, S. 1833, 668 ; ces deux décisions admettent la compensation de dettes nées antérieurement au jugement d’ouverture et ne remplissant pas les conditions de la compensation légale après l’ouverture de la procédure, sans motiver clairement la solution adoptée.

la nature ; il est à ce titre fondamental de s'attacher à dégager la logique jurisprudentielle de la notion de connexité, en s'attachant aux grandes lignes qui sous-tendent les solutions actuelles. Celles-ci ont vu le jour dans le cadre du domaine naturel de la connexité, c'est-à-dire l'autorisation de procéder, après l'ouverture de la procédure collective, à une compensation d'ordinaire prohibée (§ I). En effet, la distinction que nous avons posée, qui tend à opposer compensation de dettes non connexes et compensation de dettes connexes, ne doit pas reléguer au second plan une problématique simple mais fondamentale, qui doit être posée à propos des créances antérieures au jugement d'ouverture. En matière de faillite, la compensation présente au fond deux facettes : la compensation intervient tantôt avant l'ouverture de la procédure, tantôt après. Lorsque la compensation intervient avant l'ouverture de la procédure, le principe est simple car le droit de la faillite ne bouleverse pas le mécanisme compensatoire de manière fondamentale. En revanche, dès lors que s'ouvre la procédure, la notion de connexité intervient pour permettre le traitement de deux dettes qui, ne remplissant pas les conditions requises par les art. 1289 et 1291 C. civ., n'ont pu se compenser avant le jugement d'ouverture. C'est donc autour du jugement d'ouverture que s'organise la problématique fondamentale de la matière. La distinction que nous avons posée a le mérite d'appréhender le rôle perturbateur des institutions de la faillite que sont la période suspecte, et nous renvoyons à ce propos à nos développements précédents, et la connexité. De nombreuses réflexions doctrinales nous amènent à nous interroger sur une utilisation de la connexité dans des hypothèses plus inattendues. C'est le cas lorsque la compensation en cause fait intervenir une créance postérieure à l'ouverture de la procédure ou survient au cours de la période suspecte (§ II).

§ I. – De la compensation des dettes connexes postérieurement à l'ouverture de la procédure

49. – Remarques liminaires. La connexité est une notion complexe. Elle ne trouve d'assise textuelle qu'en procédure civile, et il serait vain d'en rechercher la moindre définition dans le Code civil ou le Code de commerce. Mais il serait également bien présomptueux d'en déduire que cette notion n'existe qu'en filigrane dans notre droit privé. La doctrine a sagement démontré qu'il existait en droit français une notion autonome de connexité, s'exprimant au travers de diverses institutions juridiques, telles que le droit de rétention,

l'exception d'inexécution, ou encore la compensation des dettes connexes¹⁰¹. La connexité appliquée à la compensation est l'expression du lien juridique ou économique qui peut unir deux créances, lien dont la force permet la compensation au préjudice des droits des tiers, par exception à l'art. 1298 C. civ., qui dispose que « *la compensation n'a pas lieu au préjudice des droits acquis à un tiers* »¹⁰². Dans la faillite, la compensation pour dettes connexes a lieu au préjudice de l'égalité des créanciers antérieurs, nonobstant l'interdiction des paiements édictée par l'art. L. 621-24 C. com. Le texte dispose d'ailleurs depuis la loi du 10 juin 1994 que l'interdiction de payer un créancier antérieur « *ne fait pas obstacle au paiement pour compensation de créances connexes* »¹⁰³.

C'est donc ce lien d'interdépendance qu'est la connexité qui autorise le paiement, après l'ouverture de la procédure, de deux créances réciproques antérieures. Il s'agit de bien comprendre ici de quoi il est question. La connexité des deux créances permet au créancier de l'insolvable d'opposer à l'administrateur, lors de l'action en paiement engagée par ce dernier après l'ouverture de la procédure, la compensation de sa dette envers l'insolvable avec sa propre créance sur ce dernier. Ces deux obligations sont évidemment antérieures à l'ouverture de la procédure collective, mais ne remplissaient pas à cette date les conditions nécessaires à leur compensation légale. La connexité des créances en cause oblige le juge à constater le principe de la compensation¹⁰⁴, qui ne permet pas, contrairement à la compensation judiciaire, de faire naître les conditions d'exigibilité ou de liquidité des créances. La connexité permet une compensation entre créances non liquides ou non exigibles à la date du jugement d'ouverture¹⁰⁵. Elle aura effectivement lieu au jour où ces créances rempliront les conditions de la compensation légale, c'est-à-dire après l'ouverture de la procédure collective. On retiendra alors en ce sens l'arrêt déterminant du 18 janvier 1967¹⁰⁶, dont l'attendu de principe, unanimement retenu, dispose que « *lorsque deux dettes sont connexes, le juge ne peut écarter la demande en compensation au motif que l'une d'elles ne réunit pas les conditions de liquidité et d'exigibilité ; il est tenu de constater le principe de cette compensation qui constitue, pour les parties, une garantie, sauf à ordonner toutes mesures pour parvenir à*

¹⁰¹ V. GABET-SABATIER, *La connexité dans le droit des obligations*, th. Paris I, dactyl., 1977, *Le rôle de la connexité dans l'évolution du droit des obligations*, *Rev. trim. dr. civ.* 1980, 39.

¹⁰² Nous nuancerons ultérieurement cette affirmation, au regard de la nature exacte de la compensation des dettes connexes.

¹⁰³ V. art. L. 621-24 al. 1 *in fine*.

¹⁰⁴ V. Civ. 1^{ère}, 18 janv. 1967, *Bull. civ. I*, n° 27.

¹⁰⁵ Nous pensons, dans la droite ligne de nos développements antérieurs, que la connexité ne peut permettre de passer outre les conditions de réciprocité et de fongibilité.

¹⁰⁶ V. Civ. 1^{ère}, 18 janv. 1967, *Bull. civ. I*, n° 27, *D.* 1967, Jur., 358, note J. MAZEAUD, *J. C. P.* 1967, II, 15005, *Rev. trim. dr. civ.* 1967, 812, obs. CHEVALLIER.

l'apurement des comptes ». Il en résulte une conséquence fondamentale. Le débiteur de l'insolvable est acculé à la déclaration au passif de la créance qu'il détient contre celui-ci. S'il ne le fait pas, et déclare la résultante de la compensation, il s'expose à ce que cette compensation ait lieu entre sa dette envers l'insolvable et la résultante de la compensation ainsi déclarée¹⁰⁷.

Ces quelques points précisés, il convient de déterminer dans quelles hypothèses deux créances sont connexes.

50. – Notion de connexité. La matière s'organise autour d'un arrêt fondateur de la chambre des requêtes du 7 février 1928¹⁰⁸. Dans un attendu fondamental, la Cour de cassation constate que « *la demande principale et la demande reconventionnelle avaient leur origine dans la convention passée entre les parties à l'occasion des constructions à édifier ; que les sommes réclamées par l'une et l'autre avaient une cause commune et qu'elles devaient se trouver confondues dans un compte unique et indivisible* ». La Cour de cassation exprimait ce faisant les deux concepts clefs qui gouvernent la notion de connexité : l'unité de cause, le *synallagma* commun, et le compte indivisible. Cette dualité de la notion de connexité apparaît encore plus clairement dans un arrêt de la chambre civile du 18 octobre 1938¹⁰⁹. L'attendu de principe est clair : « *Une garantie fondée sur le lien unissant des obligations synallagmatiques peut alors en résulter pour le créancier, lorsque les créances réciproques trouvent leur source dans un même contrat ou dans des contrats faisant naître des obligations connexes ou bien encore lorsque ces créances réciproques se trouvent fondues dans un compte unique et indivisible.* »

Indubitablement, ce sont là les deux facettes de la connexité. Celle-ci s'exprime dans le cadre de rapports synallagmatiques entre les parties, et elle revêt alors un caractère naturel. Mais elle peut également s'exprimer dans le cadre d'un compte unique et indivisible liant leurs créances. Elle revêt alors un caractère artificiel, et nous verrons ce qu'il faut entendre par cette expression. C'est à notre sens la distinction sommaire qui encore aujourd'hui gouverne la matière. Il faut signaler qu'une partie de la doctrine s'était interrogée sur le devenir de cette jurisprudence, élaborée sous l'empire de la législation antérieure, face à la loi du 25 janvier 1985. Certains auteurs avaient ainsi soutenu que la compensation pour dettes connexes n'avait pas lieu d'être sous l'empire de la loi nouvelle. Nous ne reprendrons pas ici

¹⁰⁷ V. en ce sens Com., 14 mars 1995, *Bull. civ. IV*, n° 77, *D.* 1996, *Somm.*, 82 ; Civ., 18 juil. 1995, *D.* 1996, *Jur.*, 70, note DERRIDA.

¹⁰⁸ V. Req., 7 fév. 1928, *D. P.* 1928, 70, note BESSON.

¹⁰⁹ V. Civ., 18 oct. 1938, *D. H.* 1938, 593.

les arguments évoqués de part et d'autre. Il est en effet certain, depuis un arrêt très clair de 1991, que les solutions antérieures ont toujours cours aujourd'hui¹¹⁰. La compensation des dettes connexes postérieurement à l'ouverture de la procédure a été de plus, on l'a vu, consacrée par la loi du 10 juin 1994. C'est donc dans un esprit de continuité avec la jurisprudence antérieure qu'il convient d'aborder la distinction ci-avant évoquée, à la lumière des arrêts plus récents rendus en la matière.

51. – Compensation et rapports contractuels. Connexité naturelle. C'est sans doute à ce propos que la jurisprudence s'est exprimée avec le plus de liberté. Nous avons vu en effet que la conception primaire de la connexité naturelle reposait sur un *synallagma* commun, une cause efficiente commune. On retrouve d'ailleurs à ce titre une notion du droit romain, qui, jusqu'à la rédaction des Institutes de JUSTINIEN, n'admettait la compensation qu'*ex pari causa*, c'est-à-dire entre dettes ayant une communauté de cause. En clair, on exigeait que la dette soit née du même contrat que la créance¹¹¹. C'est sans aucun doute l'esprit qui anima la jurisprudence durant la première moitié du 20^{ème} siècle. La jurisprudence a ainsi admis la connexité entre deux créances réciproques résultant de l'exécution d'un même contrat¹¹². La connexité a ensuite été analysée comme pouvant lier deux créances dérivant du même contrat, dont l'une au moins résultait de l'inexécution de ce dernier¹¹³. Puis, élargissant encore la notion, la connexité a été admise entre deux créances résultant de la résolution ou de la résiliation d'un même contrat¹¹⁴. C'est donc véritablement lorsque les deux créances trouvent leur source dans un même contrat que la connexité doit être admise. On voit que la jurisprudence s'est sensiblement éloignée de la notion de *synallagma*, de cause commune ; la communauté de cause objective est en effet plus douteuse lorsque les créances résultent de l'inexécution ou de la résolution du contrat. C'est pourquoi la notion de source nous semble préférable.

¹¹⁰ V. Com., 19 mars 1991, *Bull. civ. IV*, n° 105 ; v. en ce sens, RIPERT et ROBLOT, *Traité de droit commercial*, tome II, par GERMAIN et DELEBECQUE, L. G. D. J., 16^{ème} éd., n° 3040 ; PEDAMON, *La compensation des dettes connexes*, *R. J. Com.* nov. 1992, n° spécial, 72.

¹¹¹ Cf. *supra* ; en réalité, l'idée même de compensation *ex dispari causa* est apparue sous MARC AURELE. Cependant, c'est sans aucun doute l'œuvre de JUSTINIEN qui, en rompant avec la tradition antérieure, a donné une assise certaine à un principe général de compensation *ex dispari causa*.

¹¹² V. pour une compensation entre une indemnité due par l'assureur à l'assuré et des primes dues par ce dernier, mis en liquidation judiciaire, Civ., 25 mai 1943, *J. C. P.* 1943, II, 2498.

¹¹³ V. pour une compensation entre la créance de prix d'un contrat de fourniture de biens ou de services avec la créance de dommages-intérêts résultant d'un retard ou d'une malfaçon, Req., 7 fév. 1928, *D. P.* 1928, 70, note BESSON ; Civ., 16 mars 1942, *J. C. P.* 1942, II, 1895, note ROUSSEAU.

¹¹⁴ V. Com., 4 juil. 1973, *D.* 1974, Jur., 426, note GHESTIN, admettant la connexité entre la dette du vendeur tenu à restitution d'acomptes perçus et sa créance de dommages-intérêts contre l'acheteur, auquel la résolution est imputable.

La jurisprudence a poursuivi ce mouvement d'élargissement en admettant dans une série d'arrêts rendus sous l'empire de la législation antérieure à la loi du 25 janvier 1985 la connexité entre des obligations naissant de deux contrats « réunis par la volonté des parties dans une opération économique globale unique et indivisible »¹¹⁵. La doctrine s'était interrogée sur le devenir de cet élargissement avec l'entrée en vigueur de la loi du 25 janvier 1985. Ainsi que nous l'avons signalé, un arrêt important du 19 mars 1991 a mis fin aux controverses en la matière, en admettant non seulement cette conception large de la connexité naturelle, et en pérennisant sous l'empire de la loi nouvelle le régime de la compensation des dettes connexes¹¹⁶. En l'espèce, un éleveur de porcs avait conclu avec une coopérative un contrat de production et de livraison de porcs charcutiers. L'éleveur ayant été mis en redressement puis en liquidation judiciaire, la coopérative avait déclaré au passif une créance au titre de la livraison d'aliments antérieure à l'ouverture de la procédure. Assignée en paiement pour le prix de livraisons de porcs effectuées par l'éleveur, elle opposa la compensation de cette somme avec sa propre créance. Il ressort clairement de l'arrêt que les deux créances résultaient de deux contrats différents, l'un ayant pour objet la livraison de porcs charcutiers, l'autre la livraison de nourriture. La connexité a pourtant été admise, sans que la Cour de cassation prenne pour autant la peine de motiver davantage sa décision. C'est sans doute la raison pour laquelle la solution qui semblait se dégager de l'arrêt a suscité un véritable tollé. En effet, les praticiens attendaient surtout de la Cour de cassation qu'elle confirme la possibilité de compenser des dettes connexes sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985. Le manque de clarté de l'arrêt lui a valu l'affligeant sobriquet de « *jurisprudence des petits cochons* ». Nous verrons toutefois que ce manque de confiance dans cette jurisprudence, qui était notamment le fait des opérateurs financiers américains, a sans doute été à l'origine des nombreuses dispositions spéciales admettant la compensation au préjudice des créanciers chirographaires de la faillite sur les marchés financiers. Ce n'est que quelques années plus tard que les doutes se sont dissipés, la compensation des dettes connexes ayant acquis un statut textuel clair avec la loi du 10 juin 1994. De plus, à la même époque, la Cour de cassation s'orienta vers une solution plus claire et mieux contenue, avec un attendu de principe désormais célèbre : « *A défaut d'obligations réciproques dérivant d'un même contrat, le lien de connexité peut exister entre des créances et des dettes nées de ventes et*

¹¹⁵ V. RIPERT et ROBLOT, *Traité de droit commercial*, tome II, par GERMAIN et DELEBECQUE, L. G. D. J., 16^{ème} éd., n° 3040 ; Com., 2 fév. 1970, *Bull. civ. IV*, n° 37, Com., 9 nov. 1982, *Bull. civ. IV*, n° 343, Com., 17 mai 1989, *Bull. civ. IV*, n° 153.

¹¹⁶ Com., 19 mars 1991, préc., *Bull. civ. IV*, n° 105, *J. C. P.* 1991, II, 21726, note MONTREDON, *J. C. P. éd. E.* 1991, II, 174, note LEGEAIS, *D.* 1991, Jur., 542, note DUBOC.

d'achats conclus en exécution d'une convention ayant défini entre les parties le cadre du développement de leurs relations d'affaires, ou de plusieurs conventions constituant les éléments d'un ensemble contractuel unique servant de cadre général à ces relations. »¹¹⁷. La formule, si elle exprime un élargissement très net, n'est pas d'une clarté limpide. Il est certain que la Cour de cassation, en dehors de l'hypothèse dans laquelle les créances réciproques dérivent d'un même contrat, envisage une connexité à deux étages. D'une part, elle vise les « *créances et dettes nées de ventes et d'achats conclus en exécution d'une convention ayant défini entre les parties le cadre du développement de leurs relations d'affaires* ». Il s'agit à notre avis de l'hypothèse dans laquelle les créances réciproques dérivent de contrats distincts conclus en application d'une convention-cadre. D'autre part, elle vise les créances et dettes nées « *de plusieurs conventions constituant les éléments d'un ensemble contractuel unique servant de cadre général à ces relations* ». La connexité visée est sans conteste plus diffuse. Il semble que la notion d'ensemble contractuel soit admise en doctrine comme un ensemble de contrats comportant une identité de cause, en ce sens qu'ils concourent à la réalisation d'un même objectif¹¹⁸. Il semble qu'il faille retenir ici l'idée d'un lien entre des contrats unissant les mêmes parties qui les ont réunis par la force de leur volonté dans une opération globale¹¹⁹.

Cette notion diffuse a été précisée négativement par la jurisprudence dans des arrêts ultérieurs. En effet, la Cour de cassation refuse clairement que ce lien de connexité plus diffus résulte d'un simple courant d'affaires entre les parties¹²⁰. Il n'y a en matière de faillite de connexité que juridique. Cette connexité « *au second degré* »¹²¹ qui touche les contrats en cause avant d'atteindre les créances est un lien de droit, non un lien de fait.

Cette volonté de cantonner la notion de connexité à un sens véritablement juridique est une idée marquante de la jurisprudence s'exprimant en la matière. Ainsi, la Cour de cassation refuse d'admettre la connexité entre des créances seulement nées à l'occasion du même

¹¹⁷ V. Com., 9 mai 1995, *Bull. civ. IV*, n° 130, *D.* 1996, Jur., 322, note LOISEAU, *J. C. P.* 1995, II, 22448, rapp. REMERY ; v. dans le même sens Com., 5 avril 1994, *Bull. civ. IV*, n° 142, *D.* 1995, Somm., 215, obs. HONORAT ; Com., 12 déc. 1995, *Bull. civ. IV*, n° 293, *J. C. P.* 1996, I, 3958, obs. VIRASSAMY.

¹¹⁸ V. TERRE, SIMLER, LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Précis Dalloz, 7^{ème} éd., n° 72.

¹¹⁹ V. en ce sens RIPERT et ROBLOT, *Traité de droit commercial*, tome II, par GERMAIN et DELEBECQUE, L. G. D. J., 16^{ème} éd., n° 3040.

¹²⁰ V. par exemple Com., 5 avril 1994, préc., cassant un arrêt d'appel ayant retenu que « *les parties exerçaient une activité identique de commerce de viande en gros, qu'elles entretenaient des relations commerciales régulières et réciproques consistant en des achats et ventes concomitants de marchandises et que les conventions successives, d'où résultaient ces échanges équilibrés, étaient commercialement et économiquement liées, et que, par conséquent, les dettes et les créances nées de ces contrats étaient connexes* » ; v. également Com., 6 mai 1997, *J. C. P.* 1997, IV, 1353 ; Com., 9 déc. 1997, *Bull. civ. IV*, n° 324, affirmant qu'un lien étroit d'interdépendance ne pouvait suffire à caractériser la connexité ; Com., 7 juil. 1998, *Bull. civ. IV*, n° 220.

¹²¹ V. DUBOC, *La compensation et les droits des tiers*, th. Nice, L. G. D. J., 1989, n° 346.

contrat. Elle l'a affirmé dans un arrêt du 14 mai 1996¹²². En l'espèce, une société, mise en redressement judiciaire, avait assigné par la suite la société Rolex au titre du paiement de fournitures et de réparations. Celle-ci avait opposé la compensation de sa dette avec une créance en répétition de sommes précédemment payées sur la base de deux lettres de changes falsifiées émises par la société en redressement judiciaire. L'escroquerie qui en résultait privait la créance de la société Rolex de tout fondement contractuel, et faisait obstacle à la reconnaissance d'une quelconque connexité. La Cour de cassation, suivant le rapport du conseiller M. Le DAUPHIN, rejeta le pourvoi de la société Rolex en des termes clairs : « *Attendu que l'arrêt relève que la société Rolex expose elle-même que sa créance sur la société Dupeyrou procède d'une escroquerie et que les sommes réglées à cette occasion ne correspondaient à aucune commande et à aucune livraison ; qu'en l'état de ces constatations, faisant apparaître que ladite créance était dépourvue de fondement contractuel, la Cour d'appel a décidé à bon droit qu'il n'existait pas de lien de connexité entre les obligations en cause.* » La solution a depuis été clairement confirmée¹²³. On signalera également, dans ce même esprit de cantonnement, le refus de la jurisprudence d'admettre la connexité entre la dette d'un actionnaire résultant de l'appel à la libération du solde du capital social et sa créance au titre du solde créditeur de son compte courant, sa dette résultant du contrat de société tandis que sa créance résulte d'un contrat de prêt¹²⁴.

L'essentiel de la notion de connexité naturelle réside dans cette longue évolution jurisprudentielle, qui s'est développée autour de la notion de communauté de cause, en donnant à cette expression un sens de plus en plus large, tout en maintenant habilement le concept de connexité dans des limites strictes. Force est de constater, au vu de la jurisprudence la plus récente, que la connexité naturelle est moins au goût du jour qu'il y a quelques années. A notre avis, la relative rareté des décisions depuis le début du siècle est le témoin d'une stabilisation de la matière. On relèvera cependant une décision récente de la Cour de cassation du 6 mars 2001 qui sème le doute dans un domaine où les solutions pouvaient sembler acquises¹²⁵. En l'espèce, la société Sert Garbaix, à l'occasion de marchés prévoyant le paiement d'un acompte à la commande de matériels, avait reçu de la société

¹²² V. Com., 14 mai 1996, *Bull. civ. IV*, n° 133, *D.* 1996, Jur., 502, rapp. Le DAUPHIN ; on signalera que la Cour de cassation, avec cet arrêt, est revenue sur une jurisprudence contraire qui admettait la connexité d'une créance contractuelle et d'une créance délictuelle dès lors que l'exécution du contrat avait été la condition nécessaire de la commission des faits délictueux ; v. Com., 2 juil. 1973, *D.* 1974, Jur. 427, note GHESTIN.

¹²³ V. Com., 22 avril 1997, *Bull. civ. IV*, n° 101, *J. C. P.* 1997, I, 4054, obs. PETEL.

¹²⁴ V. Com., 20 mai 1997, *Bull. civ. IV*, n° 144 ; v. dans le même sens, pour l'exclusion de la connexité entre une créance de libération du capital et une créance résultant d'un mandat, Com., 17 juil. 2001, *Bull. civ. IV*, n° 148.

¹²⁵ V. Com., 6 mars 2001, *Bull. civ. IV*, n° 49, *Rev. trim. dr. civ.* 2001, 925, obs. crit. CROCQ, *Rev. trim. dr. com.* 2001, 752, obs. CABRILLAC.

Oyak-Renault certaines sommes d'argent, déposées au sein d'un compte bancaire tenu par la Société Générale. La société Oyak-Renault avait bénéficié d'une garantie à première demande de la part de la banque Ikstat Bankasi, qui bénéficiait elle-même d'une contre-garantie à première demande fournie par la Société Générale. La société Sert Garbaix ayant été mise en redressement judiciaire, la Société Générale fut appelée en contre-garantie par la banque Ikstat Bankasi, et avait produit pour cette somme au passif de la société Sert Garbaix. Enfin, elle avait compensé cette même somme avec le solde du prix des marchés figurant encore à l'actif du compte de la société Sert-Garbaix. La Cour d'appel de Nîmes avait admis le principe de cette compensation dans un arrêt du 29 janvier 1998, au motif que « *la signature des marchés n'aurait pu avoir lieu sans la contre-garantie de la Société Générale et que la connexité peut être retenue dès lors que les obligations sont nées de contrats distincts mais réunis par la volonté des parties dans une opération économique globale et indivisible* ». La Cour de cassation casse, dans ce qui ressemble étrangement à un attendu de principe, l'arrêt de la Cour d'appel, au motif que « *le caractère autonome de la contre-garantie exclut la connexité* ». On ne pourra que s'étonner de cette solution péremptoire, injustifiée et malvenue. Nous pensons en effet, avec M. CROCQ, que la créance résultant de l'action récursoire fondée sur la contre-garantie à première demande et le solde du prix du marché étaient les éléments d'une seule et même opération économique. La connexité aurait dû être admise dans la droite ligne de l'arrêt du 5 avril 1994. Et le caractère autonome de la garantie à première demande n'ôtait en rien à cette dernière le lien qui l'unissait à l'opération. La solution est isolée et n'a pas à ce jour, à notre connaissance, été confirmée. Mais force est de constater que si la jurisprudence s'orientait en ce sens, il y aurait lieu de reconsidérer des solutions jusqu'alors unanimement admises. Sans doute la Cour de cassation s'est-elle attachée au fait que la créance en cause résultait d'une action récursoire, qui est, il est vrai, plus délicate à rattacher à l'opération globale que la garantie elle-même. Cependant, l'examen de la jurisprudence antérieure ne nous semblait pas faire obstacle à l'admission de la connexité dans une telle hypothèse, l'action récursoire n'étant pas plus autonome que la garantie elle-même.

52. – Compensation et compte unique et indivisible. Connexité artificielle. On l'a vu, la Cour de cassation n'envisage pas la connexité que dans le cadre de rapports synallagmatiques. Deux créances peuvent également être connexes si elles se trouvent

« *fondues dans un compte unique et indivisible* »¹²⁶. La Cour de cassation avait envisagé à l'origine l'hypothèse du compte courant, institution reine du droit commercial, véritable pilier des relations entre commerçants. Mais force est de constater qu'elle a ouvert un réel terrain d'expression pour la volonté des parties, en leur conférant un pouvoir certain dans la création d'une connexité artificielle entre leurs créances réciproques.

La compensation au sein du compte courant constitue sans aucun doute le meilleur exemple de la compensation au sein du compte « *unique et indivisible* » visé par la Cour de cassation. Nous ne pouvons dans le cadre de cette étude procéder à une analyse approfondie du régime du compte courant. Celui-ci a en effet été l'objet de débats doctrinaux qui sont sans doute parmi les plus riches du droit commercial. Toutefois, il nous semble important de s'attarder quelques instants sur ces questions. La convention de compte courant est définie comme celle par laquelle « *deux personnes décident de porter réciproquement en compte toutes les opérations juridiques qu'elles feront entre elles, de manière à ce qu'il y ait des compensations successives, et de ne procéder en principe au règlement qu'à la clôture du compte par le paiement du solde* »¹²⁷. Cette convention est particulièrement ancienne, elle remonte semble-t-il au droit romain, qui admettait la *compensatio argentarii* entre des dettes et des créances réciproques, *eadem specie*, c'est-à-dire de même *genus* et de même nature. Cette technique compensatoire ancienne était particulièrement sévère, car réservée aux créances en argent. La technique compensatoire du compte courant est différente, car la généralité du compte fait que celui-ci a vocation à recevoir toutes les créances réciproques des parties, qui s'engagent à les remettre en compte courant. Il est toutefois nécessaire que les créances soient certaines et liquides, car dans la pratique, les remises ont toujours pour objet des sommes d'argent¹²⁸.

Il convient au préalable de préciser la place du compte courant dans la procédure collective. La jurisprudence affirme depuis plus d'un siècle que les créances inscrites en compte sont connexes. Il faut comprendre par là que l'ouverture d'une procédure collective contre l'une des parties ne fait pas obstacle à la compensation des créances antérieures au sein du compte courant¹²⁹. Ainsi, lorsque les parties sont en relation de compte courant antérieurement à l'ouverture de la procédure, les créances inscrites en comptes antérieurement au jugement d'ouverture pourront valablement se compenser après cette date. Cette analyse

¹²⁶ V. Civ., 18 oct. 1938, préc., *D. H.* 1938, 593.

¹²⁷ V. RIPERT et ROBLOT, *Traité de droit commercial*, tome II, par GERMAIN et DELEBECQUE, L. G. D. J., 16^{ème} éd., n° 2313.

¹²⁸ V. RIPERT et ROBLOT, *Traité de droit commercial*, tome II, par GERMAIN et DELEBECQUE, L. G. D. J., 16^{ème} éd., n° 2322.

¹²⁹ V. par exemple Com., 25 mai 1965, *D.* 1965, Jur., 529 ; Com., 6 fév. 1996, *D. aff.* 1996, 424.

jurisprudentielle, fondée sur la connexité, veut que la créance antérieure soit déclarée au passif de l'insolvable, ainsi que nous l'avons expliqué plus haut. La jurisprudence a dû faire preuve de sens pratique en tenant compte du fait que le contrat de compte courant est souvent continué après l'ouverture de la procédure. La Cour de cassation, dans un arrêt du 8 décembre 1987, a posé le principe en vigueur en la matière. L'établissement de crédit doit arrêter un solde provisoire du compte et produire pour le montant de sa créance¹³⁰. L'alignement de régime avec la compensation classique pour dettes connexes n'est toutefois qu'apparent. En effet, dans le cadre du compte courant, le créancier déclare la résultante de la compensation, et non chacune de ses créances. Nous verrons que cela s'explique par la nature autonome du compte courant, et surtout par la nécessité d'adapter l'obligation de déclaration des créances antérieures à la notion de compte courant. Il ne faut pas voir dans cet arrêté provisoire une clôture juridique définitive du compte qui permet, après l'ouverture de la procédure, à un nouveau compte de fonctionner. L'arrêté aux fins de déclaration est une notion comptable dont on ne peut tirer de conséquences juridiques fondamentales.

Sur quel mécanisme alors repose cette compensation autorisée dans le cadre du compte courant ? La théorie classique du compte courant analysait la passation d'une créance en compte courant comme une quasi-novation par changement de cause, la créance remise en compte faisant place à un article du compte. Il en résulte que le débiteur, auparavant tenu de payer sa dette, n'est plus tenu que de payer le solde du compte. La jurisprudence a relativement mal accueilli cette conception très civiliste du fonctionnement du compte courant. Aujourd'hui, il semble que la théorie de la novation soit en perte de vitesse au profit de deux conceptions. La première veut que le compte courant fonctionne par des compensations successives, qui éteignent les créances réciproques pour laisser la place à un article de compte¹³¹. Cette conception, ont dit certains, réduit le compte courant à une compensation conventionnelle *in futurum*. Les parties conviennent simplement que leurs créances réciproques présentes et à venir se compenseront entre elles à la clôture. En réalité, cette vision des choses est réductrice car elle n'explique pas réellement la transformation de la créance remise en compte. C'est pourquoi la doctrine commercialiste considère plutôt que le compte courant est un mécanisme financier autonome qui présente des effets spécifiques. THALLER le comparait à un creuset dans lequel on jette des créances afin qu'elles y

¹³⁰ V. Com., 8 déc. 1987, 2^{ème} esp., D. 1988, Jur., 52, note DERRIDA.

¹³¹ V. notamment ESMEIN, *Essai sur la théorie juridique du compte courant*, Rev. trim. dr. civ. 1920, 79.

fusionnent pour former un tout, dont il naît un résidu irréductible à la somme de ses composants, le solde¹³².

Ce qui est certain, c'est que le compte courant crée, par la volonté des parties, une connexité artificielle entre toutes les obligations réciproques des deux parties. Celles-ci conviennent de faire en sorte que l'ensemble de leurs créances réciproques soient connexes. Cette conception était déjà soutenue par THALLER, qui estimait qu'il y a compte courant « *lorsque deux correspondants conviennent de faire masse de toutes celles de leurs opérations qui porteront sur des valeurs ou sur de l'argent (sauf les opérations qu'ils en exceptent ou excepteront), de les rendre connexes, et de les bloquer dans un tout qui se soldera à une époque déterminée* »¹³³. A notre avis, c'est cette notion de création conventionnelle de connexité, que nous avons déjà évoquée plus haut, qui doit éclairer le régime du compte courant. Ce qui est fondamental, c'est que, comme le disait THALLER, « *les remises que l'un des opérateurs reçoit de l'autre forment couverture entre ses mains* »¹³⁴. En créant artificiellement une connexité qui va permettre au créancier de procéder à la compensation de dettes antérieures malgré l'ouverture de la procédure, les parties affectent chacune de leur créance au règlement de leurs dettes respectives. C'est une caractéristique essentielle de la connexité, que la jurisprudence a dégagée dans un arrêt du 18 janvier 1967 en affirmant que la compensation des dettes connexes constituait pour les parties une garantie¹³⁵. Nous verrons ultérieurement ce qu'il faut entendre par cette notion de garantie. Mais quoiqu'il en soit, c'est indubitablement ce qu'il faut à ce stade retenir de la compensation pour dettes connexes, et *a fortiori* du compte courant.

Quelle nature conférer alors au compte courant ? Il faut à notre avis considérer que le compte courant réalise une compensation conventionnelle *in futurum* d'une nature particulière. En effet, les détracteurs de cette thèse ont avancé qu'elle n'expliquait que très mal l'existence des articles du compte. Nous convenons que l'approche en est extrêmement délicate. Il est certain que la novation ne peut convenir pour justifier l'existence de ces articles de compte. Certains auteurs ont d'ailleurs habilement démontré qu'il ne pouvait valablement y être fait référence¹³⁶. A notre avis, l'existence de ces articles de compte n'est pas une

¹³² V. aujourd'hui, en ce sens, RIPERT et ROBLOT, *Traité de droit commercial*, tome II, par GERMAIN et DELEBECQUE, L. G. D. J., 16^{ème} éd., n° 2333.

¹³³ V. THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial*, par Percerou, Rousseau, 6^{ème} éd., n° 1657.

¹³⁴ V. THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial*, par Percerou, Rousseau, 6^{ème} éd., n° 1658.

¹³⁵ V. Com., 18 janv. 1967, D. 1967, Jur., 358, note J. MAZEAUD.

¹³⁶ V. ESMEIN, *Essai sur la théorie juridique du compte courant*, Rev. trim. dr. civ. 1920, 79. ; RIPERT et ROBLOT, *Traité de droit commercial*, tome II, par GERMAIN et DELEBECQUE, L. G. D. J., 16^{ème} éd., n° 2331.

caractéristique juridique du compte courant, mais plutôt une caractéristique comptable¹³⁷. Les articles du compte sont une représentation comptable des créances remises en compte. Ces créances subsistent, elles ne sont pas éteintes par la remise. Cette vision des choses permet de contourner l'objection à la qualification du compte courant en termes de compensation *in futurum*. En effet, on peut admettre que s'il se produit au sein du compte des compensations successives entre les articles du compte, ces compensations ne sont que comptables. Juridiquement, elles auront lieu à la clôture du compte¹³⁸. Ce qui explique que la jurisprudence classe le compte courant parmi les hypothèses de connexité. On ne peut admettre qu'il se produise, juridiquement, une compensation au sein du compte avant sa clôture. En effet, dans un tel cas, le recours à la connexité serait inutile, les créances étant compensées avant l'ouverture de la procédure.

Cependant, cette compensation *in futurum*, ou création conventionnelle de connexité, revêt une nature particulière dont résulte le caractère indivisible du compte courant, et qui fait son autonomie. En effet, le compte courant doit à notre avis être considéré comme le mode de création conventionnelle de connexité permettant d'affecter réciproquement deux patrimoines commerciaux en garantie l'un de l'autre. Cette généralité du compte courant justifie son régime autonome et explique les difficultés qui entourent la détermination de sa nature. Mais encore une fois, il ne constitue qu'un mode particulier de connexité conventionnelle, ou artificielle. Le problème tient également à ce que la jurisprudence a élaboré la notion de connexité en se fondant sur les techniques existant à l'époque, c'est-à-dire essentiellement sur le compte courant. De nos jours, force est de constater que les hypothèses de connexité conventionnelle, de compensation *in futurum*, se sont réellement développées. Ainsi que le faisait très justement remarquer M. VASSEUR, intervenant à propos des conventions de compensation, celles-ci sont « à l'heure actuelle au centre des préoccupations des banques »¹³⁹. Et en effet, la pratique bancaire a mis au point d'autres techniques de compensation *in futurum*, cette connexité conventionnelle qui s'exprime à travers ce que la doctrine et la jurisprudence qualifient parfois de conventions de compensation¹⁴⁰. Il nous

¹³⁷ V. en ce sens ESMEIN, *Essai sur la théorie juridique du compte courant*, *Rev. trim. dr. civ.* 1920, 79, raisonnant sur les effets de la contrepassation d'écritures dans le compte courant.

¹³⁸ V. en ce sens PERCEROU et DESSERTAUX, *Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires*, tome II, L. G. D. J., 2^{ème} éd., n° 869, *in fine*.

¹³⁹ V. VASSEUR, intervention sous PEDAMON, *La compensation des dettes connexes*, *R. J. Com.* nov. 1992, n° spécial, 72.

¹⁴⁰ Il règne une réelle incertitude quant à la terminologie en vigueur en la matière, celle-ci étant issue de techniques bancaires ne tenant pas nécessairement compte des subtilités de la sémantique juridique. Nous pensons que toutes les techniques abordées dans le cadre de la connexité artificielle peuvent être regroupées sous la qualification de création conventionnelle de connexité, bien que, nous en convenons, cette qualification a davantage le mérite de la clarté que de la rigueur. Pour autant, nous considérons que l'expression doit englober

semble important de dire quelques mots de ces autres techniques. Celles-ci ne doivent cependant pas nous faire oublier l'hypothèse la plus simple de compensation *in futurum*, celle par laquelle les parties décident d'unir par un lien de connexité deux obligations classiques. Cette possibilité ne fait aucun doute, et on peut même à notre avis valablement s'interroger sur la possibilité d'unir par un lien de connexité un ensemble d'obligations réciproques. Mais il est certain que le domaine d'élection de la convention de compensation, de cette connexité conventionnelle, demeure la pratique bancaire.

53. – Compensation de soldes de comptes. Fusion de comptes. Ces deux techniques bancaires modernes soulèvent en réalité une question délicate. Y-a-t-il une place, aux côtés de la connexité naturelle et de la connexité dans le compte courant, pour une connexité artificielle *lato sensu* ? Nous le pensons, mais force est de constater que la jurisprudence récente fait peser un doute sur la validité des mécanismes ainsi étudiés.

La compensation de soldes de comptes permet au banquier dans les livres duquel existent deux comptes d'un même client, l'un débiteur et l'autre créateur, de compenser, après l'ouverture de la procédure, les deux soldes débiteurs et créateurs. Cette compensation, réalisée par une lettre de compensation, doit s'analyser comme une création conventionnelle de connexité par laquelle le banquier affecte le solde du compte créateur au règlement du solde du compte débiteur. Cette technique est-elle avalisée par la jurisprudence en présence d'une procédure collective¹⁴¹. Il en est de même pour la fusion de comptes, qui consiste à faire de deux comptes dont l'un est débiteur et l'autre créateur « *de simples rubriques d'un même compte* »¹⁴². La banque recrée ainsi artificiellement les conditions de la compensation au sein d'un compte nouveau¹⁴³.

Cependant, deux arrêts du 9 décembre 1997 sont venus semer le doute sur la validité de ces conventions, et plus généralement sur la possibilité pour deux parties de créer artificiellement un lien de connexité entre deux obligations les unissant réciproquement¹⁴⁴. Dans les deux espèces, le même banquier avait consenti un prêt, à une société dans la

les conventions de compensation, le compte courant, et la compensation *in futurum*, celle-ci équivalent d'ailleurs sans doute à l'expression de convention de compensation.

¹⁴¹ V. Civ., 13 juil. 1942, *D. C.* 1944, 1, note CHERON, *J. C. P.* 1943, II, 2157, note HOUIN.

¹⁴² V. BONNEAU, *Droit bancaire*, Montchrestien, 4^{ème} éd., n° 591.

¹⁴³ Il nous semble que ces techniques sont plus ou moins équivalentes, dans la mesure où elles aboutissent toutes à une compensation en net, c'est-à-dire entre soldes de comptes. Il est vrai toutefois que la technique de la fusion de compte offre une sécurité plus grande en recréant artificiellement le contexte extrêmement sûr du compte unique et indivisible.

¹⁴⁴ V. Com., 9 déc. 1997, *Bull. civ. IV*, n° 324, *J. C. P.* 1998, I, 141, obs. CABRILLAC ; Com., 9 déc. 1997, *Bull. civ. IV*, n° 327, *J. C. P.* 1998, I, 141, obs. CABRILLAC, *D.* 1998, Somm., 325, obs. HONORAT.

première espèce, à une association dans la seconde. Une clause autorisait le banquier à compenser les sommes exigibles en vertu du contrat de prêt avec toutes les sommes qu'il pourrait devoir à l'emprunteur. Le banquier, face à la liquidation judiciaire de ses clients, s'était prévalu de la compensation entre sa créance née du prêt et le solde créditeur de leur compte courant. Les juges du fond ont fait droit à sa demande dans les deux espèces. Cependant, dans la première espèce, la Cour de cassation casse l'arrêt d'appel au motif que la clause de compensation n'était pas suffisante pour caractériser le lien de connexité entre des obligations réciproques nées de conventions distinctes. Dans la seconde espèce, la Cour de cassation rejette le pourvoi invoquant l'absence de connexité en déclarant que la clause était valable dès lors qu'elle était convenue et avait commencé à fonctionner avant la période suspecte. Les solutions sont contradictoires, et nous ne sommes pas parvenus à les concilier. En effet, si le second arrêt confirme une jurisprudence ancienne¹⁴⁵, le premier la rompt brutalement. Nous considérerons que cet arrêt ne doit pas constituer un frein à la liberté contractuelle, dès lors que celle-ci, ainsi qu'on va le voir, est cantonnée dans les limites de la bonne foi.

En effet, il faut comprendre que ces techniques de création conventionnelle de connexité placent le banquier, ou plus généralement celui qui les utilise dans une situation extrêmement privilégiée. A ce titre, il n'est pas envisageable que ces conventions puissent être conclues durant la période suspecte, car elles sont bien évidemment suspectes de fraude. La jurisprudence est d'ailleurs très ferme sur ce point, dans la mesure où elle exige que ces conventions aient été conclues antérieurement à la date de cessation des paiements, et qu'elles aient commencé à fonctionner antérieurement à cette même date¹⁴⁶. Une telle convention conclue au cours de la période suspecte serait nulle, à notre avis sur le fondement de l'art. L. 621-107-6° C. com., celles-ci aboutissant, ainsi qu'on l'a signalé, à créer une garantie réelle sur des dettes antérieurement contractées. Toutefois, ce fondement n'est pas évident, dans la mesure où il n'est pas rigoureux de considérer que ces garanties visent des dettes antérieurement contractées. Ce serait néanmoins sans doute le cas durant la période suspecte, les parties étant d'ores et déjà en relations d'affaires¹⁴⁷. Il faut également, à notre avis, inclure dans ces cas de nullité la conclusion d'une convention de compte courant au cours de la

¹⁴⁵ V. Civ., 13 juil. 1942, préc., *D. C.* 1944, 1, note CHERON, *J. C. P.* 1942, II, 2157, note HOUIN ; Com., 14 déc. 1981, *Bull. civ. IV*, n° 440.

¹⁴⁶ V. notamment Com., 9 déc. 1997, préc., *Bull. civ. IV*, n° 327, *J. C. P.* 1998, I, 141, obs. CABRILLAC, *D.* 1998, Somm., 325, obs. HONORAT.

¹⁴⁷ Quoiqu'il en soit, la conclusion d'une telle convention tomberait sans aucun doute sous le coup des nullités facultatives de l'art. L. 621-108 C. com., dans la mesure où on peut difficilement imaginer qu'un banquier procède à la conclusion d'une telle convention sans avoir connaissance de l'état de cessation des paiements de son client.

période suspecte. Cette remarque n'est en rien contradictoire avec la jurisprudence constante considérant que la remise en compte courant effectuée durant la période suspecte est valable. Celle-ci constitue en effet un mode de règlement normal conforme aux usages commerciaux¹⁴⁸. Cette solution est logique, bien que son fondement soit contestable. En effet, on a vu que la remise en compte n'entraînait aucune compensation juridique, et aucun paiement dans la mesure où la créance remise en cause n'est pas éteinte par novation. Elle constitue cependant comptablement un paiement¹⁴⁹.

54. – Conclusion. Nous avons donc parcouru rapidement le thème excessivement complexe de la connexité en s'attachant au rôle particulier qu'elle peut jouer postérieurement à l'ouverture de la procédure, en offrant au créancier une garantie très ferme lui permettant d'opposer la compensation après le jugement d'ouverture. On doit alors s'interroger sur l'incidence de la connexité dans deux autres hypothèses plus marginales. D'une part, lorsque la compensation est invoquée entre une créance antérieure et une créance postérieure. D'autre part lorsque la connexité est invoquée pour justifier un paiement fait au cours de la période suspecte.

§ II. – De la connexité entre une créance postérieure et une créance antérieure et de la connexité au cours de la période suspecte

I. – De la connexité entre une créance postérieure et une créance antérieure

55. – Nous avons vu plus haut que la question de la compensation se posait avec une acuité particulière dans trois hypothèses¹⁵⁰. La première concernait le sort de la compensation entre une dette postérieure et une créance postérieure n'entrant pas dans le champ de l'art. L. 621-32 C. com. La deuxième concernait le cas de la compensation entre la créance de dommages-intérêts du cocontractant résultant de la résolution du contrat en cours avec une dette postérieure. Enfin, la troisième hypothèse concernait la compensation entre une créance postérieure et une créance antérieure, quelles qu'elles soient. Les solutions que nous avons posées avaient fait apparaître des incertitudes. Il faut ici s'interroger sur l'incidence de la

¹⁴⁸ V. Civ., 18 mars 1935, *D. H.* 1935, 235.

¹⁴⁹ Cette approximation a déjà été rencontrée. On a vu en effet que l'interdiction de la compensation de dettes antérieures après le jugement d'ouverture reposait sur une analyse de la compensation en termes de paiement, alors même que la compensation n'est pas, juridiquement, un paiement.

¹⁵⁰ Cf. *supra*.

connexité des obligations dans les hypothèses précitées. Cette connexité peut-elle jouer le même rôle que pour deux créances antérieures, c'est-à-dire autoriser la compensation là où nous avons estimé qu'elle était interdite ?

La réponse à cette question est excessivement délicate, et il existe des arguments dans les deux sens. L'argument le plus fort, et nous admettons qu'il n'est que difficilement contestable, est jurisprudentiel. Nous avons en effet déjà vu que, par un arrêt du 19 mars 1991, la Cour de cassation avait admis la connexité et la compensation entre une créance née antérieurement au jugement d'ouverture et une créance née postérieurement à celui-ci¹⁵¹. La solution de la Cour de cassation semblait très générale. Pour autant, elle ne nous paraît pas exempte de toute critique. En effet, il nous semble particulièrement contestable d'admettre la connexité entre une créance postérieure et une créance antérieure. Nous l'avons vu, la jurisprudence analyse la connexité comme une garantie. A ce titre, la connexité n'est envisageable qu'entre créances antérieures. La connexité doit préexister au jugement d'ouverture, qu'elle soit naturelle ou conventionnelle. Le principe même de la connexité est de créer un rapport de garantie entre deux créances réciproques, chaque créance étant affectée au règlement de chaque dette. Si cette affectation spéciale n'existe pas au jour du jugement, il n'est à notre avis pas envisageable qu'elle existe après ce jugement. Ce qui fonde le privilège du créancier qui peut prétendre à la compensation pour dettes connexes, c'est qu'il est titulaire d'une créance, ou du moins d'un principe certain de créance, et qu'une créance réciproque y fait face. La Cour de cassation, en admettant cette connexité décalée, crée en réalité une connexité incidente. Elle n'est ni naturelle, ni voulue. Et pourtant, elle est une garantie d'une force remarquable. La solution ne peut à notre avis s'expliquer que par un souci d'opportunité.

Pourtant, une doctrine autorisée admet la compensation entre créances antérieures et postérieures¹⁵². Il nous semble qu'une disposition légale est en ce sens. En effet, l'art. L. 621-28 al. 5 C. com. dispose que la partie titulaire d'une créance de dommages-intérêts sur le débiteur lorsque l'administrateur n'use pas de la faculté de poursuivre le contrat « *peut différer la restitution des sommes versées en excédent par le débiteur en exécution du contrat jusqu'à ce qu'il ait été statué sur les dommages-intérêts* ». Certains auteurs estiment que cette disposition est destinée à permettre le fonctionnement de la compensation qui est autorisée

¹⁵¹ V. Com., 19 mars 1991, préc., *Bull. civ. IV*, n° 105, *J. C. P.* 1991, II, 21726, note MONTREDON, *J. C. P. éd. E.* 1991, II, 174, note LEGAIS, *D.* 1991, Jur., 542, note DUBOC.

¹⁵² V. DERRIDA, obs. sous Com., 19 mars 1991, *D.* 1992, Somm., 257.

entre les deux créances en raison de leur connexité¹⁵³. Cependant, nous avons vu que la loi traitait la créance de dommages-intérêts comme une créance antérieure, en imposant au créancier de produire au passif pour son montant¹⁵⁴. La loi admettrait alors une compensation pour dettes connexes, l'une étant antérieure à l'ouverture de la procédure, l'autre postérieure. Toutefois, il ne faut pas donner à cette disposition une portée qu'elle n'a pas, celle-ci étant davantage une disposition de procédure que de fond.

Pour autant, peut-on conclure que la connexité des créances en cause, l'une étant postérieure et l'autre antérieure, permet leur compensation après le jugement d'ouverture ? On pense notamment à la compensation de la créance de dommages-intérêts du cocontractant résultant de la résolution du contrat continué, traitée également comme une créance antérieure¹⁵⁵, avec une créance connexe postérieure. Nous avons conclu qu'en l'absence de connexité, cette compensation nous semblait impossible, car elle portait gravement atteinte à l'égalité entre créanciers antérieurs. Nous ne pensons pas que la connexité puisse influencer sur cette solution, pour les raisons avancées plus haut. Mais force est de constater que le doute subsiste.

II. – De la connexité au cours de la période suspecte

56. – Il règne en la matière un véritable flou doctrinal. La question est la suivante. La connexité de deux créances peut-elle justifier leur compensation au cours de la période suspecte là où, en l'absence de connexité, cette compensation serait interdite sur le fondement de l'art. L. 621-107 C. com. ? Deux courants s'opposent, et nous devons admettre que nous sommes bien en peine d'opter pour l'un ou l'autre. D'ores et déjà, il convient de préciser que cette question ne doit être posée qu'à propos de la compensation conventionnelle *stricto sensu*. En effet, le recours à la notion de connexité est inopérant dans le cadre de la compensation légale ou judiciaire.

Certains auteurs estiment que la compensation conventionnelle pourrait échapper à la nullité de droit de l'art. L. 621-107 C. com. dès lors que les obligations compensées sont unies par un lien de connexité¹⁵⁶. D'autres affirment au contraire que la connexité n'a pas sa place

¹⁵³ V. RIPERT et ROBLOT, *Traité de droit commercial*, tome II, par GERMAIN et DELEBECQUE, L. G. D. J., 16^{ème} éd., n° 3055 et 3040.

¹⁵⁴ Cf. *supra*.

¹⁵⁵ Cf. *supra*.

¹⁵⁶ V. en ce sens PERCEROU et DESSERTAUX, *Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires*, tome II, Rousseau, 2^{ème} éd., n° 867 ; RIPERT et ROBLOT, *Traité de droit commercial*, tome II, par GERMAIN et DELEBECQUE, L. G. D. J., 16^{ème} éd., n° 3125.

au cours de la période suspecte, et ce au nom de l'égalité des créanciers¹⁵⁷. Il est vrai que la jurisprudence en la matière ne permet pas de trancher clairement. Les rares arrêts qui ont admis cette compensation pour dettes connexes au cours de la période suspecte l'ont fait à propos d'un compte unique et indivisible liant les parties¹⁵⁸. Or, on l'a vu, le fonctionnement du compte n'est pas altéré par la survenance de la cessation des paiements, car les remises effectuées durant la période suspecte ne donnent pas à notre avis lieu à compensation immédiate. En revanche, on peut imaginer que le compte soit clôturé au cours de la période suspecte, mais l'arrêt ne se prononce pas sur une telle hypothèse, alors même que son raisonnement n'est applicable que dans celle-ci¹⁵⁹. De même, la compensation serait envisageable si, intervenant au cours de la période suspecte, elle résultait d'une relation contractuelle antérieure à la cessation des paiements¹⁶⁰. A notre avis, la connexité ne doit pas pouvoir permettre une compensation là où, durant la période suspecte, elle est interdite. En effet, c'est là courir le risque d'une atteinte flagrante à l'égalité des créanciers que rien ne permet de justifier. Il faut en effet garder à l'esprit le fait que la période suspecte a pour but premier la lutte contre la fraude. Et on ne voit pas en quoi la connexité de deux obligations peut ôter au fait de les compenser au cours de la période suspecte toute suspicion de fraude. Il ne s'agit pas ici de contourner une interdiction des paiements, mais une interdiction de la fraude. Et à notre avis, il n'y a pas lieu de la contourner.

57. – Conclusion. Nous avons à ce stade tenté d'éclaircir les conditions de la compensation à la lumière du droit commun. La complexité de la matière et les interférences de la pratique laissent encore subsister des zones d'ombre. On peut espérer qu'elles soient levées avec la prochaine réforme du droit des procédures collectives, bien qu'on ne sache pas précisément quelle en sera l'exacte ampleur. En outre, les suggestions de la Cour de cassation en la matière, publiées récemment à l'occasion du rapport annuel de 2002¹⁶¹, ne semblent aborder le problème de la compensation qu'en filigrane. La raison en est sans doute que la compensation est moins souvent un problème autonome qu'un élément perturbateur des

¹⁵⁷ V. PEDAMON, *La compensation des dettes connexes*, R. J. Com. nov. 1992, n° spécial, 72.

¹⁵⁸ V. Civ., 18 mars 1935, D. H. 1935, 235.

¹⁵⁹ En outre, on ne voit pas pourquoi ce compte serait clôturé avant l'ouverture de la procédure.

¹⁶⁰ V. en ce sens, PERCEROU et DESSERTAUX, *Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires*, tome II, Rousseau, 2^{ème} éd., n° 867, estimant que l'intervention des parties, dans le cadre d'une relation contractuelle créant une connexité naturelle, exclut toute idée de fraude. Bien que nous n'ayons trouvé aucun arrêt en ce sens, il nous semble que cette opinion soit acceptable. A notre avis, elle doit être la seule, car il nous semble que l'intervention des parties, même antérieure à la cessation des paiements, pour créer une connexité conventionnelle, ne peut ôter à la compensation qui en résulterait durant la période suspecte son caractère frauduleux, sauf à entrer dans des distinctions subtiles assez malvenues.

¹⁶¹ V. pour un aperçu, D. aff. 2003, 1276.

institutions de la faillite. Il nous semble pourtant que certains points mériteraient d'être traités à part entière par la loi. C'est d'ailleurs l'orientation qui a été suivie dans un domaine particulier, qui forme aujourd'hui un véritable droit spécial de la compensation en matière de faillite. Ce droit spécial s'est forgé sur les marchés financiers, où les inquiétudes et les pressions des praticiens sont toujours plus fortes que dans le droit commun. Cette volonté de pouvoir bénéficier d'un régime légal de la compensation clairement dérogatoire au droit des procédures collectives est apparue dans plusieurs lois récentes, qui ont mis en place un système complexe peu soucieux de la finesse juridique de la matière. Il convient de dire quelques mots de ce droit spécial de la compensation pour pouvoir prétendre à l'exhaustivité dans cette étude des conditions de la compensation en matière de faillite.

Chapitre II. – Le droit spécial de la compensation en matière de faillite

58. – Compensation sur les marchés financiers. Distinctions. La compensation qui s'opère sur les marchés financiers est un phénomène complexe et hybride. La raison principale de cette complexité réside dans le fait que la compensation est le mode privilégié, voire exclusif, de dénouement des opérations sur instruments financiers. En effet, le nombre des opérations réalisées et le montant de celles-ci imposent de limiter les transferts de numéraire, pour des raisons de sécurité juridique et financière. Ainsi, sur les marchés réglementés, le système compensatoire est géré par un organisme particulier, la chambre de compensation. On dit généralement que les chambres de compensation assument la compensation de paiement. En ce sens, et de manière très schématique, la chambre de compensation s'interpose entre deux parties pour gérer la compensation de leurs créances réciproques. En réalité, la compensation de paiement est incroyablement plus complexe, et ce pour deux raisons. D'une part, la compensation de paiement est une compensation dite multilatérale. La chambre de compensation gère ainsi la compensation de créances unissant une multitude de parties entre elles. Cette compensation de paiement doit davantage être analysée comme un mode simplifié et global de règlement sur le marché financier ; en ce sens, la compensation de paiement n'est pas une compensation au sens de l'art. 1289 C. civ. Celle-ci, on l'a vu, n'est envisageable qu'entre deux parties. Il n'y a de compensation que bilatérale. D'autre part, et ceci est la conséquence directe de ce qu'on vient de dire, la compensation de paiement a une nature incertaine. De nombreux auteurs ont tenté de la faire entrer dans les carcans du droit civil, que ce fût par la délégation de créance ou la novation, mais aucune analyse n'est jamais parvenue à dégager un régime clair de la compensation de paiement. Il faut admettre son caractère autonome. C'est la raison pour laquelle nous nous permettons d'exclure la compensation de paiement de notre analyse ; nous estimons que, par souci de rigueur, elle ne peut être abordée que dans le cadre d'une étude autonome. En revanche, sur les marchés de gré à gré, la chambre de compensation n'intervient pas, du moins en principe¹⁶². Le dénouement des opérations de gré à gré est la plupart du temps le résultat d'une compensation conventionnelle entre les parties, qui en créent les conditions par la conclusion d'opérations en sens contraire sur les marchés à terme. Les parties peuvent également, si leurs obligations réciproques en remplissent les conditions, se prévaloir de la compensation légale¹⁶³. A ce titre, la compensation ne présente d'autre particularité que d'être

¹⁶² Cf. *infra*, note 155.

¹⁶³ V. De VAUPLANE et BORNET, *Droit des marchés financiers*, Litec, 3^{ème} éd., n° 653-2.

un mode de règlement de référence, et les solutions que nous avons dégagées précédemment devraient être appliquées.

Cependant, la compensation, sur les marchés financiers, est également apparue comme un moyen de se prémunir contre le risque de contrepartie. Ce type de compensation nous ramène à notre sujet, et ce pour deux raisons. D'une part, le risque de contrepartie implique la défaillance d'un opérateur. Cette défaillance s'exprime bien souvent à travers sa faillite. D'autre part, cette compensation s'est construite à l'origine selon les règles du droit civil, notamment suivant un mode bilatéral. Cette compensation est dite compensation de risque. Issue de la pratique des marchés américains, elle est aussi dénommée *close-out netting*. Nous verrons plus loin le sens exact de cette expression. Il faut à ce stade délimiter clairement notre sujet. La compensation de risque existe tant sur les marchés réglementés que sur les marchés de gré à gré. C'est toutefois sur ces derniers qu'elle trouve tout son sens. En effet, sur les marchés réglementés, la compensation de risque est assumée selon un mode spécifique par la chambre de compensation, qui fournit à ses adhérents une garantie de bonne fin les protégeant contre le risque de contrepartie, la chambre de compensation n'intervenant en principe jamais sur les marchés de gré à gré¹⁶⁴. C'est donc lorsqu'il n'existe aucune possibilité institutionnelle de couverture du risque de contrepartie, c'est-à-dire sur les marchés de gré à gré, que les opérateurs puisent dans la technique contractuelle classique pour assurer leur protection. C'est ainsi qu'est apparue la compensation de risque, ou *close-out netting*. Mais plus encore, la compensation de risque trouve son terrain d'élection dans les marchés à terme, qui véhiculent un risque inhérent à l'étalement dans le temps de l'opération.

59. – Compensation de risque. Origine. L'idée qui sous-tend la compensation de risque est simple, mais elle fait d'elle une opération complexe. En effet, les opérateurs, pour limiter le risque de contrepartie, prévoient qu'au cas de défaillance de l'un d'entre eux, et sur la base de critères contractuels, l'opérateur *in bonis* pourra mettre fin à leurs obligations en les résiliant. Elles seront ainsi éteintes à concurrence de leur montant résiduel. La compensation de risque est donc une opération à double facette, dualité clairement exprimée par l'appellation anglo-américaine *close-out netting*. Il y a dans la compensation de risque un volet tenant à la résiliation des opérations en cours, et un autre à la compensation des créances

¹⁶⁴ Cette affirmation doit être nuancée. En effet, on observe depuis quelques années un développement de chambres de compensation privées qui assument vis-à-vis des opérateurs traitant de gré à gré les mêmes fonctions que la chambre de compensation sur les marchés réglementés. De plus, les règles de fonctionnement de la chambre de compensation lui offrent la possibilité de compenser des opérations de gré à gré et d'en garantir la bonne fin. V. De VAUPLANE et DAIGRE, Chron., *Banque et droit* mai-juin 2001, 37.

subsistantes. Ce système de la compensation de risque a de multiples avantages. Il permet de limiter le risque de contrepartie au solde net des opérations, c'est son but premier. Mais il permet également de lutter contre le risque systémique, c'est-à-dire grossièrement contre les faillites en chaîne¹⁶⁵.

Cette institution, qui est appelée à jouer naturellement lorsque l'un des opérateurs est en faillite, se heurte à plusieurs dispositions du droit des procédures collectives. La première résulte de l'art. L. 621-28 al. 6 C. com., qui dispose que « *nonobstant toute disposition légale ou toute clause contractuelle, aucune indivisibilité, résiliation ou résolution du contrat ne peut résulter du seul fait de l'ouverture de redressement judiciaire* ». Cette disposition fait semble-t-il obstacle au premier volet de la compensation de risque, celui de la résiliation. La seconde résulte de l'art. L. 621-24 C. com. qui, on l'a vu, interdit le paiement des dettes antérieures à compter de l'ouverture de la procédure, et en conséquence la compensation entre dettes nées antérieurement à l'ouverture, à moins que celles-ci ne soient connexes. Cette disposition fait cette fois échec au second volet de la compensation de risque, celui de la compensation elle-même. Encore faut-il ici affiner cette analyse. En effet, dans la plupart des opérations, les créances à compenser, si l'on se place au seul niveau du contrat, sont connexes. En effet, elles naissent de l'exécution du contrat. Cependant, la compensation de risque n'est pas envisageable contrat par contrat. Elle n'a de réel intérêt que si elle permet, entre les parties, l'établissement d'un solde net arrêtant leur position. Nous verrons d'ailleurs que cette vision des choses est proche du mécanisme du compte courant. Quoiqu'il en soit, cette connexité globale liant plusieurs conventions entre elles, nous l'avons vu, n'est apparue que tardivement en jurisprudence, à travers des formules manquant parfois de clarté. C'est là l'une des raisons essentielles de l'apparition d'une réglementation spéciale de la compensation de risque sur les marchés financiers. L'idée première était de dispenser les opérateurs de la preuve de la connexité de leurs créances, en les déclarant compensables nonobstant les dispositions de l'art. L. 621-24 C. com. En outre, ces règles sont apparues dans une période de méfiance vis-à-vis de la jurisprudence relative à la connexité. En effet, on a vu qu'au lendemain de la loi du 25 janvier 1985, un doute existait en doctrine quant au maintien

¹⁶⁵ V. AUCKENTHALER, *Compensation, remise en garantie, cession : le nouveau régime des créances afférentes aux opérations sur instrument financier*, J. C. P. éd. E. 1996, I, 594, n° 19 ; ROUSSILLE, *La consécration de la compensation globale par la loi N. R. E.*, Rev. dr. banc. fin. 2001, 311 ; v. cependant, plus nuancés sur la réalité du risque systémique, BOSSIN et LUCAS de LEYSSAC, *Le sort des produits dérivés en cas de redressement judiciaire d'une société : exception au droit commun des procédures collectives*, D. aff. 1998, supp., 1568.

de l'institution de la connexité sous l'empire de la loi nouvelle. L'arrêt du 19 mars 1991¹⁶⁶ avait plus ou moins tranché en faveur du maintien des solutions antérieures, mais la pratique financière anglo-américaine a fait preuve d'une réelle méfiance face aux solutions nouvelles¹⁶⁷. Il faut en outre replacer l'adoption des textes dans le contexte réglementaire en matière bancaire. En effet, le Comité de Bâle, en 1988, avait pour la première fois défini les fameux ratios de solvabilité applicables aux établissements de crédit. La prise en compte d'un risque net, par l'admission de la compensation, permettait aux établissements bancaires de limiter sensiblement leurs besoins de fonds propres¹⁶⁸. La concurrence entre places financières a achevé le processus, qui s'est soldé par la consécration légale du mécanisme de la compensation de risque¹⁶⁹.

Nous signalerons à ce stade que la loi N. R. E. du 15 mai 2001 a étendu le régime de la compensation de risque à la matière bancaire, relativement aux dettes et créances afférentes aux crédits et dépôts de fonds¹⁷⁰. Nous n'aborderons dans le cadre de cette étude que la matière boursière, et ce d'autant plus que le texte en vigueur en matière bancaire est une copie *quasi* conforme des dispositions en vigueur en droit boursier.

60. – Compensation de risque. Sources. La compensation de risque a été consacrée par la loi du 31 décembre 1993. Son art. 8 modifiait l'art. 2 de la loi du 22 mars 1885 sur les marchés à terme¹⁷¹. La loi M. A. F. du 2 juillet 1996 abrogea ce texte, et en son art. 52,

¹⁶⁶ V. Com., 19 mars 1991, préc., *Bull. civ. IV*, n° 105, *J. C. P.* 1991, II, 21726, note MONTREDON, *J. C. P. éd. E.* 1991, II, 174, note LEGAIS, *D.* 1991, Jur., 542, note DUBOC.

¹⁶⁷ On se rappellera la jurisprudence des « *petits cochons* »...

¹⁶⁸ V. BOSSIN et LUCAS de LEYSSAC, *Le sort des produits dérivés en cas de redressement judiciaire d'une société : exception au droit commun des procédures collectives*, *D. aff.* 1998, supp., 1568 ; v. également AUCKENTHALER, *Compensation, remise en garantie, cession, le nouveau régime des créances afférentes aux opérations sur instrument financier*, *J. C. P. éd. E.* 1996, I, 594, n° 19.

¹⁶⁹ En effet, le système de la compensation de risque était déjà en place aux Etats-Unis, avec le *Financial Institutions Reform Recovery and Enforcement Act* de 1989, et en Grande-Bretagne avec l'*Insolvency Act* de 1986. Cette pression américaine explique le flottement terminologique qui règne encore une fois dans cette matière. L'expression *close-out netting* est celle qui est utilisée par le système juridique anglo-américain. L'utilisation acharnée de cette expression par les praticiens français peut être gênante, le concept de *netting* ne se confondant pas avec celui de compensation, dont la traduction anglaise est d'ailleurs *set-off*. Le système américain, comme le système anglais, reposent sur des concepts qui n'ont pas cours en France pour expliquer les mécanismes de compensation ; on pense notamment à la novation, qui, on l'a vu, a eu au siècle dernier son heure de gloire avec la théorie juridique classique du compte courant, mais qui semble aujourd'hui clairement abandonnée.

¹⁷⁰ Cf. art. L. 311-4 C. mon. fin.

¹⁷¹ L'art. 2 de la loi du 22 mars 1885 se trouvait alors ainsi rédigé : « *Les dettes et les créances afférentes aux marchés mentionnés à l'article 1^{er}, lorsqu'ils sont passés dans le cadre du règlement général ou des règlements particuliers visés à l'article 6 de la présente loi ou à l'article 6 de la loi [...] du 22 janvier 1988 sur les bourses de valeur, ou lorsqu'ils sont régis par une convention-cadre de place nationale ou internationale et organisant les relations entre les deux parties au moins, dont l'une est un établissement de crédit, une institution ou une entreprise visée à l'article L. 310-1 du Code des assurances, une société de bourse régie par la loi [...] du 22 janvier 1988 précitée, ou un établissement non résident ayant un statut comparable, sont compensables selon les*

instaura un nouveau régime de compensation de risque¹⁷². Ce texte, codifié dans l'art. L. 431-7 C. mon. fin., a été récemment modifié par la loi N. R. E. du 15 mai 2001, qui édicte le régime actuel de la compensation de risque. Désormais, quatre alinéas nous préoccupent. L'art. 431-7 C. mon. fin. al 1^{er} dispose que « *les dettes et les créances afférentes aux opérations sur instruments financiers, lorsqu'elles sont effectuées dans le cadre du règlement général du Conseil des marchés financiers, ainsi que les dettes et les créances afférentes aux opérations sur instruments financiers ou transferts temporaires de propriété d'instruments financiers lorsqu'elles sont régies par une ou plusieurs conventions-cadres respectant les principes généraux de conventions-cadres de place, nationales ou internationales, et organisant les relations entre deux parties au moins, dont l'une est un prestataire de services d'investissement, ou un établissement public ou une institution, entreprise ou un établissement bénéficiaire des dispositions de l'article L. 531-2 ou un établissement non résident ayant un statut comparable, sont compensables selon les modalités prévues par ledit règlement ou lesdites conventions-cadres et peuvent donner lieu à l'établissement d'un solde unique compensé* ». Le deuxième alinéa poursuit en disposant que « *s'il existe deux conventions-cadres ou plus entre les parties, celles-ci – pour autant que ces parties soient un établissement de crédit, une entreprise d'investissement, une institution visée à l'article L. 518-1 ou un établissement non résident ayant un statut comparable – peuvent les lier entre elles en sorte que les soldes résultant de la compensation qui viendrait à être effectuée pour chaque convention-cadre conformément à l'alinéa précédent fassent à leur tour l'objet d'une compensation entre eux* ». Le troisième alinéa dispose que « *lorsque l'une des parties fait l'objet de l'une des procédures prévues par le livre VI du Code de commerce, ledit règlement ou les dites conventions-cadres peuvent prévoir la résiliation de plein droit des opérations mentionnées aux premiers et deuxièmes alinéas du présent article* ». Enfin, le sixième alinéa

modalités d'évaluation prévues par lesdits règlements ou ladite convention-cadre. Lesdits règlements ou ladite convention-cadre, lorsqu'une partie fait l'objet d'une des procédures prévues par la loi [...] du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises, peuvent prévoir la résiliation de plein droit des marchés mentionnés à l'alinéa précédent. Les dispositions du présent article sont applicables nonobstant toute disposition législative contraire. »

¹⁷² Le texte de l'art. 52 de la loi M. A. F. du 2 juillet 1996 était le suivant : « *Les dettes et créances afférentes aux opérations sur instruments financiers, lorsqu'elles sont effectuées dans le cadre du règlement général du Conseil des marchés financiers, ou lorsqu'elles sont régies par une convention-cadre respectant les principes généraux d'une convention-cadre de place, nationale ou internationale, et organisant les relations entre deux parties au moins dont l'une est un prestataire de services d'investissement ou une institution, entreprise ou un établissement bénéficiaire des dispositions de l'article 25 de la présente loi ou un établissement non résident ayant un statut comparable, sont compensables selon les modalités d'évaluation prévues par ledit règlement ou ladite convention-cadre. Lorsque l'une des parties fait l'objet d'une des procédures visées par les lois [...] du 1^{er} mars 1984 et [...] du 25 janvier 1985 précitées, lesdits règlements ou ladite convention-cadre peuvent prévoir la résiliation de plein droit des opérations mentionnées à l'alinéa précédent. [...] Les dispositions de la loi [...] du 1^{er} mars 1984 précitée et de la loi [...] du 25 janvier 1985 précitée ne font pas obstacle à l'application du présent article. »*

dispose que « *les dispositions du livre VI du Code de commerce ne font pas obstacle à l'application du présent article* ».

61. – Nous montrerons que le régime ainsi créé n'est que partiellement dérogatoire au droit commun. L'art. L. 431-7 C. mon. fin. met en place en réalité une institution proche de celles que nous avons étudiées précédemment. En revanche, et c'est là la grande particularité du texte, ce régime de faveur est réservé à des personnes déterminées. Il convient donc de définir le champ d'application de la compensation de risque en droit français (Section I) avant d'en aborder – et d'en démystifier – le régime (Section II).

Section I. – Champ d'application de la compensation de risque

62. – L'art. L. 431-7 C. mon. fin. définit de manière assez malhabile un champ d'application matériel et un champ d'application personnel. Cette définition du champ d'application de l'art. L. 431-7 C. mon. fin. est d'autant plus délicate qu'elle s'est sensiblement élargie au fur et à mesure de l'adoption des textes en la matière. Il nous semble donc important de s'attarder sur le champ d'application *ratione materiae* du texte (§ I), puis sur son champ d'application *ratione personae* (§ II).

§ I. – Champ d'application ratione materiae

63. – ***Innovations de la loi N. R. E. du 15 mai 2001.*** La loi N. R. E. du 15 mai 2001 s'est efforcée d'unifier les différents mécanismes de compensation de risque existant auparavant¹⁷³. Désormais, l'art. L. 431-7 al. 1^{er} C. mon. fin. vise non seulement les « *dettes et les créances afférentes aux opérations sur instruments financiers* », mais aussi les « *dettes et les créances afférentes aux transferts temporaires de propriété d'instruments financiers* ». Le mécanisme de l'art. L. 431-7 C. mon. fin. était, dans sa rédaction issue de l'art. 52 de la loi M. A. F. du 2 juillet 1996, limité aux « *opérations sur instruments financiers* ». Désormais, il semble que toutes les dettes et créances afférentes aux opérations sur instruments financiers qu'aux opérations de prêt de titres et de pension. Cependant, l'expression « *transferts*

¹⁷³ En effet, aux côtés de l'art. 52 de la loi M. A. F. du 2 juillet 1996, coexistaient deux régimes spéciaux de compensation de risque. Le premier résultait de l'art. 33 de la loi du 17 juin 1987, modifié par la loi M. A. F. du 2 juillet 1996, et concernait les opérations de prêt de titres. Cette disposition avait été codifiée au sein de l'art. L. 432-8 C. mon. fin. Le second résultait de l'art. 12-V *bis* de la loi du 31 décembre 1993, introduit par la loi du 8 août 1994 et codifié au sein de l'art. L. 432-16 C. mon. fin., et concernait les opérations de pension.

temporaires de propriété d'instruments financiers » pose de sérieux problèmes de définition. Outre le fait que le transfert temporaire de propriété d'un instrument financier n'est envisageable que si cet instrument financier est un titre, ce qui n'est pas le cas de tous les instruments financiers englobés par l'art. L. 211-1 C. mon. fin. qui vise également des contrats à terme, le texte est lacunaire. *Quid* des opérations de droit étranger ? L'absence de précision textuelle à leur égard est gênante. En outre, s'il est certain que la pension et le prêt de titres sont concernés par ce mécanisme de la compensation de risque¹⁷⁴, cela est bien moins sûr en ce qui concerne la vente à réméré, qui constitue le troisième mode classique de transfert temporaire de propriété d'instrument financier¹⁷⁵. A notre avis, la généralité de la formule employée par l'art. L. 431-7 C. mon. fin. impose la généralité de son domaine. On ne voit pas pourquoi le législateur aurait entendu exclure de ces dispositions certaines catégories de transferts temporaires de propriété d'instruments financiers. Mais encore une fois, on regrettera la rédaction déplorable du texte, comme c'est si souvent le cas en matière financière. La même généralité doit être reconnue à l'expression « *opérations sur instruments financiers* ». On l'a dit, le domaine de prédilection de la compensation de risque est l'opération à terme. Le projet initial de l'art. 52 de la loi M. A. F. du 2 juillet 1996 tendait à limiter le domaine de la compensation de risque aux instruments financiers à terme. Cependant, et cela conforte notre opinion en faveur de la généralité du texte, M. MARINI a présenté au nom de la Commission des finances du Sénat un amendement dont il est résulté la formule générale actuelle¹⁷⁶.

Le domaine de l'art. L. 431-7 C. mon. fin., entendu *ratione materiae*, doit donc à notre avis faire l'objet d'une interprétation large, et ce d'autant plus que la réelle délimitation du champ d'application du texte est opérée *ratione personae*.

§ II. – *Champ d'application ratione personae*

64. – *Faveur très nette pour les prestataires de services d'investissement.* Le domaine *ratione personae* de l'art. L. 431-7 C. mon. fin. est défini de manière assez complexe. Nous n'entrerons pas ici dans les détails, l'idée générale qui doit être retenue étant que le législateur

¹⁷⁴ Les dispositions des art. L. 432-8 et 16 C. mon. fin. renvoient en effet expressément à l'art. L. 431-7 C. mon. fin.

¹⁷⁵ V. AUCKENTHALER, *Le global netting : l'art. L. 431-7 du Code monétaire et financier modifié par la loi du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques*, J. C. P. éd. E. 2001, I, 1669 ; l'auteur s'interroge également sur le sort des prêts de titres ne respectant pas les conditions de l'art. L. 432-6 C. mon. fin.

¹⁷⁶ V. J. O. Sénat 15 mars 1996, 1231, amendement n° 72 ; v. également, en ce sens, De VAUPLANE et BORNET, *Droit des marchés financiers*, Litec, 3^{ème} éd., n° 655.

a entendu créer au profit des prestataires de services d'investissement une situation extrêmement sûre en cas de faillite de la contrepartie. Cette faveur pour celui que, par souci de simplicité, nous appellerons banquier, est un leitmotiv dans l'évolution du droit des faillites relatif à la compensation. Cette réaction a une certaine logique, car, pour reprendre l'expression de M. VASSEUR, « *le banquier est un compensateur par métier* »¹⁷⁷. Mais il est vrai que cette volonté de limitation peut choquer, voire même poser des problèmes en termes de droit de la concurrence, dans la mesure où on crée en réalité un véritable monopole de fait¹⁷⁸. Cependant, il est également vrai qu'il serait dangereux d'admettre avec trop de laxisme la généralité de ces dispositions de nature à rompre nettement l'égalité des créanciers dans la faillite¹⁷⁹.

Il convient pour présenter clairement la matière d'anticiper sur nos remarques ultérieures. En effet, l'art. L. 431-7 C. mon. fin. organise une compensation à deux niveaux. Le premier niveau organise une compensation locale, c'est-à-dire entre dettes afférentes à des opérations régies par une même convention-cadre. Le second niveau organise une compensation globale, c'est-à-dire entre les soldes résultant de la compensation locale opérée dans chaque convention-cadre.

65. – Compensation locale. L'art. L. 431-7 al. 1^{er} C. mon. fin. opère une césure apparente entre marchés réglementés et marchés de gré à gré. Nous conserverons celle-ci au cours de notre analyse, bien qu'elle soit contestée par certains auteurs¹⁸⁰.

Le texte ne vise aucune condition quant aux personnes habilitées à procéder à la compensation de risque sur les marchés réglementés. Cependant, il faut tenir compte de l'obligation d'intermédiation en vigueur sur ces marchés, dont il résulte que les seuls intervenants directs seront des prestataires de services d'investissement membres du marché.

En revanche, dans le cadre des marchés de gré à gré – et c'est le domaine qui nous intéresse – le texte distingue clairement deux catégories d'opérations pour lesquelles il est posé des conditions *ratione personae* différentes quant à l'application du mécanisme de la compensation de risque. D'une part, l'art. L. 431-7 al. 1^{er} C. mon. fin. vise les « *opérations*

¹⁷⁷ V. VASSEUR, intervention sous PEDAMON, *La compensation des dettes connexes*, R. J. Com. nov. 1992, n° spécial, 72.

¹⁷⁸ Nous ferons la même remarque à propos des dispositions de l'art. L. 311-4 C. mon. fin. en vigueur en matière bancaire, qui limite la compensation de risque aux « *établissements de crédit, entreprises d'investissement, institutions et services visés à l'article L. 518-1 ou [aux] établissements non résidents ayant un statut comparable, lorsqu'ils procèdent à des opérations de trésorerie dans des conditions précisées par décret* ».

¹⁷⁹ V. BOSSIN et LUCAS de LEYSSAC, *Le sort des produits dérivés en cas de redressement judiciaire d'une société : exception au droit commun des procédures collectives*, D. aff. 1998, supp., 1568.

¹⁸⁰ V. De VAUPLANE et BORNET, *Droit des marchés financiers*, Litec, 3^{ème} éd., n° 655, *in fine*.

sur instruments financiers ». Il est nécessaire, pour que la compensation de risque puisse opérer dans cette hypothèse, que l'une des parties à la convention-cadre soit un prestataire de services d'investissement, un établissement public ou une institution, entreprise ou un établissement bénéficiaire des dispositions de l'art. L. 531-2 C. mon. fin. ou un établissement non résident ayant un statut comparable. D'autre part, l'art. L. 431-7 al. 1^{er} C. mon. fin. vise les « *transferts temporaires de propriété d'instruments financiers* ». Le texte soumet ces opérations aux mêmes conditions que les « *opérations sur instruments financiers* ». Cependant, le prêt de titres et la pension font l'objet d'une réglementation particulière, respectivement aux art. L. 432-8 et 16 C. mon. fin. L'art. L. 432-8 C. mon. fin. dispose que « *les dispositions de l'article L. 431-7 sont applicables aux prêts de titres régis par une convention-cadre au sens de cet article et conclue entre les personnes ou fonds visés au 4 de l'article L. 432-6* ». Les parties à la convention-cadre devront donc être des personnes morales soumises de plein droit à un régime réel d'imposition, des organismes de placement collectif en valeurs mobilières, ou des personnes, sociétés ou institutions non résidentes ayant un statut comparable. L'art. L. 432-16 C. mon. fin. dispose quant à lui que « *les dispositions de l'article L. 431-7 sont applicables aux pensions livrées régies par une convention-cadre au sens de cet article et conclues entre les personnes ou fonds visés au premier alinéa de l'article L. 431-12* ». Les parties à la convention-cadre devront donc être des personnes morales, des fonds communs de placement ou des fonds communs de créances.

C'est donc réellement quant aux personnes concernées que le régime de la compensation de risque présente une spécificité, en affichant une faveur marquée pour les opérateurs institutionnels des marchés financiers. Il convient alors d'examiner dans quelle mesure le régime même de la compensation de risque présente une réelle spécificité.

Section II. – Régime de la compensation de risque

66. – La compensation de risque est une résiliation automatique suivie d'une compensation. Du moins est-ce ainsi qu'on la présente. A ce titre, on relèvera encore une fois la rédaction étrange du texte de l'art. L. 431-7 C. mon. fin., qui traite de la compensation avant d'aborder la résiliation. Or, en toute hypothèse, il semble que la résiliation précède la compensation. Nous verrons cependant que c'est peut-être faire une lecture trop hâtive du texte, et surtout, à notre avis, une lecture guidée davantage par le modèle anglo-américain du *close-out netting* que par le droit français. C'est pourquoi nous aborderons volontairement

l'étude de la compensation de risque en suivant l'ordre dicté par les textes : compensation puis résolution.

67. – Compensation des créances afférentes aux opérations sur instruments financiers et aux transferts temporaires de propriété d'instruments financiers. Connexité des créances. L'art. L. 431-7 C. mon. fin., on l'a vu, organise une compensation à deux niveaux, nonobstant les interdictions posées par le droit de la faillite. Pour chacun d'eux, il convient de s'interroger sur l'éventuelle existence d'une connexité entre les créances en cause. Pour les raisons évoquées plus haut, nous n'aborderons ici que le régime applicable sur les marchés de gré à gré.

68. – Premier niveau. Compensation locale. Le premier niveau est défini à l'art. L. 431-7 al 1^{er} C. mon. fin., qui dispose que « [...] *les dettes et les créances afférentes aux opérations sur instruments financiers ou transferts temporaires de propriété d'instruments financiers lorsqu'elles sont régies par une ou plusieurs conventions-cadres respectant les principes généraux de conventions-cadres de place, nationales ou internationales, et organisant les relations entre deux parties au moins, [...] sont compensables selon les modalités prévues [...] par lesdites conventions-cadres et peuvent donner lieu à l'établissement d'un solde unique compensé* ». La rédaction de ce texte résulte d'une innovation de la loi N. R. E. du 15 mai 2001, qui a harmonisé les différents systèmes de compensation de risque existant en droit français. Cette harmonisation est importante, car elle met en place entre deux parties un système de compensation original. L'idée est la suivante. Deux parties entretiennent entre elles des relations commerciales se traduisant par la conclusion réciproque de diverses opérations sur instruments financiers ou de transferts temporaires de propriété d'instruments financiers¹⁸¹. Elles soumettent l'ensemble de ces opérations à une convention-cadre. Cette convention-cadre doit être analysée comme un contrat. Elle peut tout aussi bien être conclue de gré à gré entre les parties, ou, ce qui est généralement le cas, prendre la forme d'un contrat-type élaboré par des associations d'investisseurs qui sera contractualisé par les parties. Une condition est cependant posée par l'art. L. 431-7 C. mon. fin., qui exige que ces conventions-cadres soient conformes aux principes généraux édictés par les conventions-cadres de place, nationales ou internationales. Ces conventions-cadres de place définissent des principes généraux harmonisés à l'échelle de

¹⁸¹ On peut ainsi imaginer deux prestataires de services d'investissement agissant pour compte propre.

la place concernée, notamment en termes de compensation des opérations réalisées sur cette place.

C'est donc un cadre contractuel assez classique qui est visé par l'art. L. 431-7 C. mon. fin., celui du contrat-cadre et des contrats d'application. On signalera cependant deux particularités de cette relation contractuelle. D'une part, elle est en partie réglementée, ces conventions, soumises en principe à l'art. 1134 C. civ., devant obéir à des principes généraux édictés en considération des règles d'ordre public applicables aux marchés financiers. En outre, la standardisation des conventions-cadres est importante dans un domaine où il est fondamental de canaliser la liberté contractuelle. D'autre part, cette relation contractuelle, fondée sur la convention-cadre, a évolué, ou du moins est appelée à le faire, depuis l'adoption des dispositions de la loi N. R. E. du 15 mai 2001. En effet, celle-ci, en harmonisant le système français de compensation de risque, a permis aux opérateurs français de soumettre les opérations qui les liaient à des conventions-cadres dites multi-opérations¹⁸². Celles-ci sont des conventions-cadres standardisées, dont l'objectif est d'englober à la fois les opérations sur instruments financiers et les opérations de transfert temporaire de propriété d'instruments financiers. Dès lors, les opérateurs de droit français se retrouvent dans la situation suivante. Deux opérateurs s'engagent contractuellement dans les termes d'une convention-cadre multi-opérations appelée à régir entre eux des contrats de différentes natures, les uns portant sur des opérations sur instruments financiers, les autres sur des transferts temporaires de propriété d'instruments financiers. La relation contractuelle qui prend la forme de la convention-cadre a donc vocation à appréhender toutes les obligations contractuelles des parties afférentes à des instruments financiers.

L'art. L. 431-7 C. mon. fin. autorise les parties, nous verrons ultérieurement dans quelles conditions, à compenser ces créances naissant sous l'égide de cette convention-cadre multi-opérations. A ce stade, il convient de s'interroger sur la connexité de telles créances. On a vu que la jurisprudence, depuis un arrêt du 9 mai 1995, admettait une connexité naturelle au sens large¹⁸³. La formule employée était la suivante : « *A défaut d'obligations réciproques dérivant d'un même contrat, le lien de connexité peut exister entre des créances et des dettes nées de ventes et d'achats conclus en exécution d'une convention ayant défini entre les*

¹⁸² Depuis 1999, la *European Banking Federation* a rédigé, sous l'égide de la France et de l'Allemagne, une convention-cadre mutli-opérations appelée *E. M. A.*, c'est-à-dire *Euromaster agreement*. Il a d'ores et déjà été approuvé par le Gouverneur de la Banque de France en ce qui concerne les opérations de pension. V. sur ce point ROUSSILLE, *La consécration de la compensation globale par la loi N. R. E.*, *Rev. dr. banc. fin.* 2001, 311.

¹⁸³ V. Com., 9 mai 1995, *Bull. civ. IV*, n° 130, *D.* 1996, Jur., 322, note LOISEAU, *J. C. P.* 1995, II, 22448, rapp. REMERY ; v. dans le même sens Com., 5 avril 1994, *Bull. civ. IV*, n° 142, *D.* 1995, Somm., 215, obs. HONORAT ; Com., 12 déc. 1995, *Bull. civ. IV*, n° 293, *J. C. P.* 1996, I, 3958, obs. VIRASSAMY.

parties le cadre du développement de leurs relations d'affaires, ou de plusieurs conventions constituant les éléments d'un ensemble contractuel unique servant de cadre général à ces relations. » Force est de constater que le modèle utilisé sur les marchés financiers rentre parfaitement dans cette conception large de la connexité. Il ne fait à notre avis aucun doute que la compensation locale de l'art. L. 431-7 al. 1^{er} C. mon. fin., qui se produit au niveau d'une seule et même convention-cadre entre les mêmes parties, opère entre dettes connexes. Cependant, la compensation dont il s'agit présente une particularité notable. Elle opère entre une multitude de dettes unissant les mêmes parties. Une telle compensation n'est en principe pas envisageable dans le droit commun. La compensation de droit commun opère entre deux dettes réciproques ; elle ne peut en principe en une seule fois en éteindre davantage. A notre sens, cette particularité tient au fait que le législateur a entendu créer un mécanisme proche du compte courant, qui permet aux parties, sous l'égide d'une seule et même convention-cadre, de placer face à face l'ensemble de leurs obligations réciproques, et de les éteindre en une fois en laissant subsister un solde unique. On se limitera pour le moment à cette idée, que nous approfondirons plus tard. Ce qui est certain, c'est que la rédaction même de l'art. L. 431-7 C. mon. fin. est en ce sens lorsque le texte vise « *l'établissement d'un solde unique compensé* ».

69. – Second niveau. Compensation globale. L'art. L. 431-7 al. 2 C. mon. fin. dispose que « *s'il existe deux conventions-cadres ou plus entre les parties, celles-ci [...] peuvent les lier entre elles en sorte que les soldes résultant de la compensation qui viendrait à être effectuée pour chaque convention-cadre conformément à l'alinéa précédent fassent à leur tour l'objet d'une compensation entre eux* ». Le texte se comprend aisément. Lorsque plusieurs conventions-cadres unissent les mêmes parties, il est possible de procéder à la compensation des soldes résultant de la compensation effectuée au sein de chacune de ces conventions-cadres. Certains auteurs ont émis certaines réserves quant à la connexité des créances en cause dans une telle hypothèse. Il est vrai que cette connexité est nettement plus difficile à dégager. A notre avis, il faut considérer que la loi, en autorisant les parties à « *lier* » les soldes résultant de plusieurs conventions-cadres, leur permet de créer entre ces soldes une connexité conventionnelle, sur le modèle de la compensation de solde telle qu'elle est pratiquée dans le compte courant. Ce lien peut résulter soit d'une convention globale unissant les parties, soit d'une clause déterminant la volonté des parties de lier entre eux lesdits soldes et lesdites conventions-cadres.

Mais il faut pour affiner notre analyse dire quelques mots de la résiliation, envisagée par l'art. L. 431-7 al. 3 C. mon. fin.

70. – Résiliation de plein droit des opérations sur instruments financiers ou des transferts temporaires de propriété d'instruments financiers au cas de faillite d'une des parties. L'art. L. 431-7 al. 3 C. mon. fin. dispose que « *lorsque l'une des parties fait l'objet de l'une des procédures prévues par le livre VI du Code de commerce, [...] lesdites conventions-cadres peuvent prévoir la résiliation de plein droit des opérations mentionnées aux premier et deuxième alinéas du présent article* ». On a vu dans quelle mesure cette disposition était attentatoire au droit de la faillite. Mais ce qu'il importe de préciser ici, c'est le rôle exact de cette résiliation. Il est certain que cette résiliation de plein droit tend à limiter le risque de *cherry picking* de la part de l'administrateur¹⁸⁴. Mais en réalité, nous pensons que le terme a été très mal choisi. En effet, la résiliation implique l'anéantissement pour l'avenir d'une opération n'ayant pas encore développé ses effets, ou l'anéantissement pour l'avenir d'une opération à exécution successive. Or, il n'est pas certain que les opérations sur instruments financiers soient des opérations à exécution successive. La qualification est en revanche sans doute plus adaptée pour les opérations de pension ou de prêt de titres. Il nous semble qu'il eût mieux convenu d'utiliser la notion d'exigibilité immédiate, ou de déchéance du terme. Car, on va le voir, c'est bien de cela qu'il s'agit¹⁸⁵.

71. – Compensation de risque et faillite. Qualification. Il est nécessaire de se replacer dans le contexte étudié. La compensation de risque intervient en premier lieu sous la forme d'une convention par laquelle les parties conviennent de ce que l'ensemble de leurs obligations réciproques portant sur des instruments financiers seront unies par un lien de connexité. En effet, si la connexité qui unit leurs obligations au sein d'une seule et même convention-cadre peut être considérée comme naturelle, celle qui unira les soldes résultant de chaque convention-cadre sera conventionnelle. Il faut cependant affiner cette analyse. En effet, nous pensons que l'intervention des parties est nécessaire pour créer la connexité entre les obligations d'une même convention-cadre, car la compensation qui s'opérera sera elle-même globale en ce qu'elle éteindra une multitude de créances. C'est pourquoi à notre sens, la compensation de risque doit s'analyser en une compensation *in futurum*. Mais une compensation *in futurum* particulière, car construite sur le modèle du compte courant. L'art.

¹⁸⁴ V. BOSSIN et LUCAS de LEYSSAC, *Le sort des produits dérivés en cas de redressement judiciaire d'une société : exception au droit commun des procédures collectives*, D. aff. 1998, supp., 1568.

¹⁸⁵ La plus grande partie de la doctrine utilise cette expression d'exigibilité anticipée. V. par exemple BOSSIN et LUCAS de LEYSSAC, *Le sort des produits dérivés en cas de redressement judiciaire d'une société : exception au droit commun des procédures collectives*, D. aff. 1998, supp., 1568.

L. 431-7 C. mon. fin. crée, aux côtés du compte courant, un mode particulier de compensation *in futurum* qui, comme le compte courant, a vocation à la généralité. De plus, cette analyse en termes de compensation *in futurum*, outre le fait qu'elle permet de justifier l'établissement du solde unique compensé au sein d'une même convention-cadre, permet d'aborder facilement la compensation entre soldes. On l'a vu, la jurisprudence, sous réserve de ce qui a été dit plus haut à ce propos, admet la compensation entre soldes de comptes, et l'analyse comme une connexité conventionnelle. L'énorme avantage de cette compensation *in futurum* est qu'elle résulte de la loi, qui la rend opposable à la faillite. C'est pourquoi le créancier est dispensé de la déclaration des créances, de la preuve de la connexité, et n'est pas soumis aux nullités de la période suspecte. Ainsi, peu importe le moment auquel a été conclue ladite convention.

Quel est alors le rôle de la résiliation ? Eviter le *cherry picking*, certes. Mais surtout, la résiliation des opérations permet la compensation immédiate, postérieurement au jugement d'ouverture, des dettes nées antérieurement. Comment ? En permettant leur exigibilité immédiate. Et en effet, on se souvient que la compensation pour dettes connexes n'opère qu'au moment où les conditions de la compensation légale sont réunies. Auparavant, le juge se contente d'en constater le principe. Inutile de dire que la possibilité de procéder immédiatement à cette compensation est une garantie de sécurité pour le créancier, qui peut rapidement assainir sa situation vis-à-vis des tiers. Au fond, comme dans la compensation conventionnelle, les parties conviennent d'imprimer à leurs dettes réciproques l'exigibilité qui leur manque. Mais cette fois, les parties peuvent le faire à l'ouverture de la procédure. *Quid* enfin de la liquidité des créances en cause ? Car il est certain qu'au terme de cette résiliation, vont se faire face à la fois des créances en argent et des créances dont l'objet est la livraison d'un instrument financier, pour ne prendre qu'un exemple. Encore une fois, la loi autorise une opération qui ressemble étrangement à une compensation conventionnelle. En effet, ce sont les conventions-cadres qui se chargent de fixer des modalités d'évaluation permettant la liquidation des créances en vue de leur compensation. Le problème ne se pose évidemment que si l'instrument en cause n'est pas coté, donc essentiellement, comme c'est le cas dans notre étude, sur les marchés de gré à gré.

72. – Conclusion. La compensation de risque n'est donc pas en soit un mécanisme dérogatoire au droit commun de la compensation en matière de faillite. Elle est plutôt un mécanisme de droit commun, c'est-à-dire une compensation conventionnelle *in futurum* dont l'efficacité est renforcée par la loi. L'art. L. 431-7 C. mon. fin. se contente en réalité d'éclairer les zones d'ombre d'un mécanisme permettant l'affectation mutuelle des créances de deux

opérateurs financiers au paiement de leurs dettes réciproques, parce que ces zones d'ombre sont inconcevables sur les marchés financiers. L'art. L. 431-7 C. mon. fin. assure une efficacité spéciale à un mécanisme relevant du droit commun. La généralité du texte ouvre sans doute des perspectives quant aux possibilités de créer artificiellement cette connexité salvatrice en dehors des marchés financiers. Mais ce qui est certain, c'est que, dans le droit commun comme dans le droit spécial, la compensation réalisée au préjudice des droits des tiers après l'ouverture de la procédure collective repose sur un seul et même fondement : la connexité. Une connexité dont l'origine, au fond, est double. Elle est naturelle lorsqu'elle résulte de la nature même des obligations en cause. Elle est conventionnelle lorsqu'elle résulte de la volonté des parties. Mais dans cette hypothèse, la sécurité requise sur les marchés financiers conduit la loi à renforcer cette dernière.

Ce fondement commun appelle à notre avis une nature commune. C'est ce qu'il convient à présent d'aborder, en s'attachant à déterminer la nature exacte de la connexité.

Titre II. – De la nature de la compensation en matière de faillite

73. – Il nous semble possible d'établir, au vu des développements qui précèdent, une nouvelle distinction qui n'est que la traduction logique des démonstrations auxquelles nous nous sommes livrés. Le droit des procédures collectives fait apparaître deux types de compensation. Le premier n'est que l'expression économique d'un paiement, il ne porte pas atteinte à l'égalité des créanciers antérieurs. C'est le cas de la compensation légale des dettes antérieures se produisant avant l'ouverture de la procédure, ou de la compensation légale des dettes nées postérieurement à celle-ci. C'est aussi sans doute le cas de la compensation judiciaire, la garantie procédurale du recours au juge lui conférant un caractère équitable par nature. Le second type de compensation, dans le droit des procédures collectives, porte en apparence atteinte à l'égalité des créanciers. On dit que cette compensation se réalise au préjudice des droits acquis à des tiers, ce que l'art. 1298 C. civ. interdit¹⁸⁶ en principe. C'est le cas de la compensation des dettes connexes, qui se produit, malgré l'interdiction formelle posée par l'art. L. 621-24 C. com., après l'ouverture de la procédure collective. Nous ne reviendrons pas sur la compensation ne portant pas atteinte à l'égalité des créanciers. Nous avons vu que dans un tel cas, cette compensation ne masque pas d'autre instrument ; elle est un mécanisme d'extinction de deux obligations en sens inverse, tel que le Code civil le définit. C'est pourquoi nous limiterons notre analyse à la compensation qui, dans la faillite, se réalise au préjudice des droits acquis à des tiers, c'est-à-dire à la compensation des dettes connexes. Nous démontrerons que le mécanisme de la compensation des dettes connexes n'est pas un mécanisme compensatoire au sens où l'entend le Code civil. Il est un mécanisme autonome, qui certes véhicule une institution extinctive d'obligations, nous verrons dans quelle mesure, mais qui est avant tout autre chose. C'est de cette autre chose qu'il faut déterminer la nature. Ce sera l'objet de cette seconde partie.

74. – *Autonomie de la compensation des dettes connexes.* Une véritable bataille rangée fait rage en doctrine depuis près d'un siècle quant à la question de savoir si la compensation des dettes connexes revêt une nature entièrement autonome, ou si elle est une variété de compensation judiciaire, voire de compensation légale. Nous n'avons pas la prétention de mettre fin à des débats aussi riches. Toutefois, il nous semble qu'encore une

¹⁸⁶ V. art. 1298 C. civ. : « La compensation n'a pas lieu au préjudice des droits acquis à un tiers. Ainsi, celui qui, étant débiteur, est devenu créancier depuis la saisie-arrêt faite par un tiers entre ses mains, ne peut, au préjudice du saisissant, opposer la compensation. »

fois, la controverse oppose civilistes et commercialistes, les premiers tentant encore et toujours de faire entrer des instruments propres au droit commercial dans les carcans du Code civil¹⁸⁷. Cependant, à notre avis, ces tentatives d'assimilation procèdent d'une analyse faussée de la compensation des dettes connexes.

Certains auteurs estiment ainsi que la compensation des dettes connexes est une variété de compensation judiciaire¹⁸⁸. Ils se fondent généralement sur une jurisprudence ancienne, partiellement reconduite aujourd'hui, qui qualifie la compensation de dettes connexes de compensation judiciaire¹⁸⁹. Il est vrai que les deux institutions présentent des similitudes, la principale étant que la compensation de dettes connexes nécessite l'intervention du juge. Cela ne nous semble pas suffisant pour conclure à l'assimilation de la compensation de dettes connexes à la compensation judiciaire. En effet, le juge, lorsqu'il intervient à la compensation de dettes connexes, ne fait qu'en constater le principe. Nous l'avons vu, le juge, dans le cadre de la compensation de dettes connexes, constate un droit acquis, et, logiquement, il est tenu de le faire¹⁹⁰. Tel n'est pas le cas dans la compensation judiciaire. A cette occasion, le juge intervient pour créer les conditions manquantes de la compensation légale. Son jugement est constitutif, et il conserve à ce titre une entière liberté quant à la mise en œuvre du mécanisme compensatoire. C'est la raison pour laquelle on ne peut valablement considérer que la compensation de dettes connexes est une compensation judiciaire. L'essence de cette dernière n'est pas l'intervention du juge, mais le pouvoir dont il dispose, c'est-à-dire la nature de son intervention, qui est en principe constitutive de droit.

C'est la raison pour laquelle d'autres auteurs ont opté pour une assimilation de la compensation de dettes connexes à la compensation légale¹⁹¹. Il est vrai que le juge, face à la connexité de deux obligations, est tenu de constater le principe de la compensation¹⁹². Cependant, cette assimilation ne nous semble pas convaincante. En effet, il manque à la

¹⁸⁷ Comp. RIPERT et ROBLOT, *Traité de droit commercial*, tome II, par GERMAIN et DELEBECQUE, L. G. D. J., 16^{ème} éd., n° 2331, déclarant, à propos de la théorie de la novation dans le compte courant, et sans doute avec une pointe d'ironie, qu'elle « procède d'une conception générale qui consiste à faire entrer les opérations juridiques commerciales dans le cadre des opérations civiles ». Il ne fait aucun doute, à notre avis, que la compensation des dettes connexes fait l'objet de la même conception très civiliste, alors même qu'elle est devenue, nous le verrons, un instrument particulièrement prisé du droit commercial (on pense notamment aux opérations de création conventionnelle de connexité, ou conventions de compensation, voire même tout simplement, et pour rejoindre l'opinion de MM. RIPERT et ROBLOT, au compte courant).

¹⁸⁸ V. RIPERT et BOULANGER, *Traité de droit civil*, tome II, L. G. D. J., 6^{ème} éd., n° 1980 ; BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, Domat Montchrestien, 8^{ème} éd., n° 594.

¹⁸⁹ V. récemment Civ. 3^{ème}, 30 mai 1989, *Bull. civ. III*, n° 77. On remarquera que la chambre commerciale, quant à elle, se garde bien de faire entrer la compensation de dettes connexes dans une des deux catégories...

¹⁹⁰ Cf. *supra*.

¹⁹¹ V. MARTY, RAYNAUD et JESTAZ, *Droit civil, Les obligations*, tome III, Sirey, 2^{ème} éd., n° 254 s.

¹⁹² V. Civ. 1^{ère}, 18 janv. 1967, préc., *Bull. civ. I*, n° 27, *D. 1967, Jur.*, 358, note J. MAZEAUD, *J. C. P.* 1967, II, 15005, *Rev. trim. dr. civ.* 1967, 812, obs. CHEVALLIER.

compensation de dettes connexes l'essence même de la compensation légale, qui est la réunion des conditions des art. 1289 et 1291 C. civ. En effet, notamment en matière de faillite, on a vu que la compensation de dettes connexes n'intervenait que lorsque les deux dettes en présence n'avaient pu se compenser en vertu de la loi avant l'ouverture de la procédure. Il nous semble particulièrement gênant d'admettre que la compensation de dettes connexes est une compensation légale, alors même qu'on en constate le principe là où la compensation légale ne pourrait jouer. Nous verrons cependant que si la compensation de dettes connexes n'est pas assimilable à une compensation légale, la seconde participe de la première.

Il faut donc à notre avis conclure que la compensation de dettes connexes est un mécanisme autonome qui n'a pas l'essence d'une compensation. La jurisprudence, depuis l'arrêt fondamental du 18 janvier 1967¹⁹³, est en ce sens. Elle déclare en effet avec beaucoup d'assurance que « *lorsque deux dettes sont connexes, le juge ne peut écarter la demande en compensation au motif que l'une d'elles ne réunit pas les conditions de liquidité et d'exigibilité ; il est tenu de constater le principe de cette compensation qui constitue, pour les parties, une garantie, sauf à ordonner toutes mesures pour parvenir à l'apurement des comptes* ». La compensation de dettes connexes est une forme de garantie. Cette conception se comprend fort bien lorsqu'on observe la position particulièrement sûre du créancier qui peut s'en prévaloir dans la faillite de son débiteur. Cependant, la jurisprudence n'a que très rarement pris la peine de qualifier cette garantie. C'est pourquoi une doctrine particulièrement abondante s'est exercée sur le sujet, avec un constat unique : la compensation de dettes connexes confère au créancier qui s'en prévaut un droit extrêmement fort sur le patrimoine de son débiteur. Nous tenterons de démontrer que certaines propositions de qualification souffrent des faiblesses qui doivent nous pousser à en rechercher une nouvelle. En outre, au vu des évolutions récentes qu'a connu le droit de la compensation en matière de faillite sur les marchés financiers, il nous semble fondamental de dégager une qualification uniforme de cette compensation portant atteinte aux droits acquis par les tiers. C'est pourquoi après avoir, dans un premier temps, examiné les principales propositions de qualification autonome de la compensation de dettes connexes (Chapitre I), nous tenterons de rechercher cette qualification unique (Chapitre II).

¹⁹³ V. Civ. 1^{ère}, 18 janv. 1967, préc., *Bull. civ. I*, n° 27, *D.* 1967, Jur., 358, note J. MAZEAUD, *J. C. P.* 1967, II, 15005, *Rev. trim. dr. civ.* 1967, 812, obs. CHEVALLIER.

Chapitre I. – Le rejet des qualifications classiques

75. – Présentation. Les propositions avancées sont nombreuses, et nous ne pouvons dans le cadre de cette étude en faire une analyse critique exhaustive. Il semble possible de regrouper les différentes qualifications en deux groupes. En effet, une première conception voit dans la compensation des dettes connexes une garantie inhérente aux obligations en cause, comparable au droit de rétention ou à l'exception *non adimpleti contractus*, quand elle n'en est pas une manifestation pure et simple. Une seconde conception opte pour une analyse en termes de sûreté, considérant que la compensation des dettes connexes est comparable au gage. La présentation claire de ces théories n'est pas aisée, car rares sont les auteurs qui sont parvenus à dégager une conception autonome uniforme de la compensation des dettes connexes. Il nous semble que les premiers auteurs à avoir proposé une telle conception sont MM. PERCEROU et DESSERTAUX qui, au début du siècle et dans la droite ligne des réflexions de THALLER, ont analysé la compensation des dettes connexes comme un droit de rétention. C'est la raison pour laquelle il nous semble important d'aborder la matière par cette conception de la compensation des dettes connexes : celle qui l'assimile à une garantie inhérente aux obligations qui en sont l'objet (Section I). Des auteurs plus récents ont proposé des conceptions différentes, dont la principale a à notre avis été développée par M. DUBOC. Cette conception voit dans la compensation des dettes connexes l'expression d'un gage. Cependant, force est de constater que ces conceptions plus récentes ne sont pas parvenues à dégager une notion uniforme de compensation des dettes connexes, les auteurs aboutissant bien souvent à un mélange des deux grandes conceptions (Section II).

Section I. – La compensation des dettes connexes, garantie inhérente aux obligations réciproques qui en sont l'objet

76. – Droit de rétention. Analyse. C'est sans doute MM. PERCEROU et DESSERTAUX qui ont les premiers fourni une analyse autonome et uniforme de la notion de compensation des dettes connexes¹⁹⁴. Les auteurs ont tenté de démontrer que les créanciers qui se prévalent d'un droit de compensation se prévalent en réalité d'un droit de rétention. Cette analyse, on va le voir, présente des avantages incontestables, et est d'ailleurs, nous l'admettons, difficilement réfutable. Beaucoup d'auteurs modernes s'y sont d'ailleurs

¹⁹⁴ V. PERCEROU et DESSERTAUX, *Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires*, Rousseau, 2^{ème} éd., n° 862 s.

rangés¹⁹⁵. Plus encore, elle était en germe chez des auteurs plus anciens¹⁹⁶. En outre, et c'est la base de la démonstration de MM. PERCEROU et DESSERTAUX, la compensation, dans le droit allemand, est l'expression très nette d'un droit de rétention. L'analyse en termes de droit comparé est particulièrement édifiante, dans la mesure où le droit allemand de la compensation s'est construit à partir des mêmes bases que le droit français. On l'a vu, cette base commune nous vient du droit romain. Et on a vu également comment, par une erreur d'interprétation de ce même droit romain, le droit français avait édifié la théorie de la compensation légale¹⁹⁷, alors que le droit allemand élaborait celle du droit de rétention. Il était alors effectivement très tentant d'appliquer au droit français et au flou jurisprudentiel entourant la connexité cette théorie de la rétention.

Celle-ci est au fond relativement simple. L'idée est que le créancier de l'insolvable dispose d'un droit de rétention sur sa dette envers ce dernier dès lors que ces deux obligations sont connexes¹⁹⁸. Cette vision des choses est la traduction pure et simple du droit romain, et du système de la *deductio* du *bonorum emptor*¹⁹⁹. « *Tant que le bonorum emptor ne lui verse pas le montant intégral de sa créance contre le failli, le créancier-débiteur retient sa propre dette.* », déclarent MM. PERCEROU et DESSERTAUX²⁰⁰. C'est là selon eux l'expression de considérations d'équité, au terme desquelles il serait particulièrement choquant, lorsque deux dettes sont unies dès l'origine par un lien de connexité, de priver le créancier du droit de compenser sa créance avec celle que le débiteur détient sur lui. L'idée dérive en fait de l'exception de dol du droit romain, qui tendait à ce que le créancier qui réclamait paiement de sa créance déduisît de celle-ci, en modifiant la formule originale, le montant de sa dette envers le créancier. Et ce pour la simple et bonne raison que la bonne foi l'exige. Dès lors, le créancier dispose, jusqu'à son paiement, d'un pouvoir de fait sur la créance que le failli détient sur lui. Cette vision des choses nous semble d'ailleurs plus juste que celle du droit de rétention sur la dette. Car ce droit de rétention doit bien porter sur un élément du patrimoine du débiteur. Cet élément ne peut être que la somme que le créancier doit à ce dernier. C'est d'ailleurs sans doute à ce stade que la théorie se complique. Car il n'est pas évident de déterminer l'objet exact de ce droit de rétention. Porte-t-il sur une somme d'argent ou sur le droit personnel que constitue la créance du failli sur son créancier ? A notre avis, le droit de

¹⁹⁵ V. not. CARBONNIER, *Droit civil*, tome IV, *Les obligations*, Thémis, 20^{ème} éd., n° 342.

¹⁹⁶ V. SALEILLES, *Théorie générale de l'obligation*, n° 61.

¹⁹⁷ Cf. *supra*.

¹⁹⁸ V. PERCEROU et DESSERTAUX, *Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires*, Rousseau, 2^{ème} éd., n° 867.

¹⁹⁹ Cf. *supra*.

²⁰⁰ V. PERCEROU et DESSERTAUX, *Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires*, Rousseau, 2^{ème} éd., n° 864.

rétenction porte ici sur la créance du failli sur le créancier. En effet, seule cette créance est un élément du patrimoine du failli. Ce qui est certain, c'est qu'il est préférable de viser le droit de rétenction sur cette créance que le droit de rétenction sur la dette.

Force est de constater que cette analyse de la compensation des dettes connexes à travers l'institution du droit de rétenction est particulièrement séduisante. Elle traduit en effet remarquablement bien le pouvoir de fait dont dispose le créancier du failli sur le patrimoine de ce dernier, pouvoir de fait qui, rappelons-le, résiste encore aujourd'hui à la faillite, nous verrons dans quelle mesure. Cette analyse est d'autant plus séduisante qu'elle a été adoptée par certains arrêts de la Cour de cassation, quelques années après les propositions de MM. PERCEROU et DESSERTAUX. Ainsi, dans un arrêt du 13 juillet 1942, la chambre civile de la Cour de cassation, à propos d'une convention de compensation liant le solde d'un compte courant débiteur et le prix de travaux dû à la banque, que « *si, en principe, le dessaisissement qui résulte du jugement déclaratif de faillite ou de mise en liquidation judiciaire fait obstacle à toute compensation entre créances qui ont manqué jusqu'alors de liquidité ou d'exigibilité, il en est autrement lorsque les créances réciproques sont connexes, se servent de couverture et qu'en conséquence un droit de rétenction peut être invoqué [...]* »²⁰¹. Cette décision importante semble avoir entériné l'analyse de MM. PERCEROU et DESSERTAUX. La plupart des auteurs qui défendent cette conception la citent d'ailleurs à l'appui de leur argumentation. Cependant, pour séduisante qu'elle soit, cette analyse ne peut nous convaincre entièrement.

77. – Critique. Nous reprocherons à l'analyse de MM. PERCEROU et DESSERTAUX deux éléments qui nous semblent importants, et qui tiennent en partie à des évolutions récentes du droit commercial.

D'une part, il n'est pas certain que l'analyse des conditions de la connexité par la jurisprudence soit la même à propos du droit de rétenction et de la compensation des dettes connexes. On sait en effet que la jurisprudence exige, pour que le droit de rétenction puisse être exercé sur une chose, qu'il existe un lien de connexité soit entre cette chose et la créance, soit entre la créance et la détention de la chose. Dans le premier cas, la connexité est dite matérielle. Dans le second, elle est dite juridique. On a vu plus haut que la jurisprudence relative à la compensation des dettes connexes adoptait une conception large de cette

²⁰¹ V. Civ., 13 juil. 1942, préc., *D. C.* 1944, 1, note CHERON, *J. C. P.* 1943, II, 2157, note HOUIN.

connexité, notamment depuis un arrêt du 9 mai 1995²⁰². Nous nous permettrons de rappeler encore une fois la formule employée : « *A défaut d'obligations réciproques dérivant d'un même contrat, le lien de connexité peut exister entre des créances et des dettes nées de ventes et d'achats conclus en exécution d'une convention ayant défini entre les parties le cadre du développement de leurs relations d'affaires, ou de plusieurs conventions constituant les éléments d'un ensemble contractuel unique servant de cadre général à ces relations.* » Or, il est plus que douteux que la jurisprudence en matière de droit de rétention admette une conception aussi large de la connexité. La doctrine estime en effet que la Cour de cassation, si elle semble pencher pour l'admission du droit de rétention lorsque les rapports juridiques concernés sont passés en exécution d'une convention-cadre, exige dans un tel cas que les opérations concernées soient similaires²⁰³. La jurisprudence en matière de compensation de dettes connexes nous semble moins timide. Notamment, il n'est pas certain qu'un droit de rétention puisse être accordé lorsque les sources respectives de la détention et de la créance tiennent à l'existence de « *plusieurs conventions constituant les éléments d'un ensemble contractuel unique servant de cadre général à ces relations [d'affaires]* ». L'assimilation de la compensation de dettes connexes au droit de rétention est donc délicate, car il résulte de ces évolutions divergentes de la jurisprudence que, si on admettait cette assimilation, le droit de rétention existerait dans des hypothèses que la Cour de cassation n'a pas encore admises. Il est vrai cependant que cette remarque pourrait être remise en cause par des arrêts récents qui semblent admettre la possibilité, à propos du droit de rétention, de créer une connexité conventionnelle entre la créance et la détention de la chose²⁰⁴. On a vu en effet que la connexité, en matière de compensation, pouvait aisément procéder d'une intention contractuelle. Si tel est le cas à propos du droit de rétention, l'assimilation est effectivement – du moins sur ce point – envisageable.

D'autre part, et c'est là à notre avis le réel point faible de l'analyse de la compensation des dettes connexes en termes de rétention de créance, l'exercice du droit de rétention ne peut, du moins en droit français, expliquer le droit du créancier bénéficiant de la compensation des dettes connexes de se payer de lui-même par imputation de sa dette sur sa créance. En effet, l'essence du droit de rétention est la seule rétention. Il n'offre pas au créancier le droit de se payer sur la chose retenue. Le rétenteur ne dispose ni de l'usage de la chose, ni de sa

²⁰² V. Com., 9 mai 1995, préc., *Bull. civ. IV*, n° 130, *D.* 1996, Jur., 322, note LOISEAU, *J. C. P.* 1995, II, 22448, rapp. REMERY ; v. dans le même sens Com., 5 avril 1994, *Bull. civ. IV*, n° 142, *D.* 1995, Somm., 215, obs. HONORAT ; Com., 12 déc. 1995, *Bull. civ. IV*, n° 293, *J. C. P.* 1996, I, 3958, obs. VIRASSAMY.

²⁰³ V. MAZEAUD et CHABAS, *Leçons de droit civil*, tome III, premier volume, par PICOD, Montchrestien, 7^{ème} éd., n° 116.

²⁰⁴ V. not. Com., 31 mai 1994, *J. C. P.* 1996, II, 22622, note JUBAULT.

jouissance, il n'a ni *jus trahendi*, ni droit de préférence. A ce titre, le rétenteur est tenu de procéder à la saisie de la chose retenue, ou d'un autre bien du débiteur, pour espérer être payé, paiement qui s'effectuera, après saisie, sans préférence. L'extrême efficacité du droit de rétention tient au fait que le pouvoir de fait qui en résulte est exercé sur une chose utile, voire indispensable au débiteur. Le droit de rétention véhicule un pouvoir de contrainte qui permet généralement de parvenir soit à l'exécution, soit à la résolution du contrat. A ce titre, en matière de faillite, l'art. L. 621-24 al. 3 C. com. permet au juge-commissaire d'autoriser le chef d'entreprise ou l'administrateur « à payer des créances antérieures au jugement [d'ouverture], pour retirer le gage ou une chose légitimement retenue, lorsque le retrait est justifié par la poursuite de l'activité ». On comprend donc bien que le droit de rétention n'explique pas le pouvoir très net de réalisation, d'extinction d'obligations, dont dispose le créancier qui se prévaut de la compensation de dettes connexes. Nous verrons ultérieurement que cette analyse doit être nuancée²⁰⁵. Mais quoiqu'il en soit, il nous semble que l'analyse de la compensation de dettes connexes en termes de rétention de créance se heurte à un obstacle conceptuel de taille. Elle n'explique pas la satisfaction du créancier. Plusieurs auteurs avaient perçu ce paradoxe, et en avaient conclu que la formule utilisée par la Cour de cassation dans son arrêt du 13 juillet 1942 était trompeuse. Ainsi, M. HOUIN écrivait à propos de cette décision que « l'emploi des mots « droit de rétention » risque de provoquer des équivoques qu'il convient d'écartier. Ce droit de rétention n'est pas le droit de rétention au sens étroit portant sur une chose corporelle et donnant au rétenteur le droit de conserver la chose, tant que le montant des impenses faites sur cette chose ne lui a pas été remboursé. »²⁰⁶. L'auteur concluait son analyse en qualifiant ce droit étrange de « droit de rétention forcé »²⁰⁷. Force est de constater que cette conclusion n'est pas satisfaisante. La compensation de dettes connexes est ou n'est pas un droit de rétention. Si elle n'est pas un droit de rétention, c'est qu'elle revêt une autre nature, et il n'est à notre avis pas nécessaire de passer par le biais de qualifications *sui generis* pour la déceler.

C'est donc dans d'autres instruments connus du droit privé que doit être recherchée la véritable nature de la compensation des dettes connexes. Nous allons voir que l'analyse en termes de rétention de créance a engagé certains auteurs dans la voie complexe des garanties inhérentes à la dette que sont l'exception *non adimpleti contractus* et la résolution.

²⁰⁵ Cf. *infra*.

²⁰⁶ V. HOUIN, note sous Civ., 13 juil. 1942, préc., *J. C. P.* 1943, II, 2157.

²⁰⁷ V. HOUIN, note sous Civ., 13 juil. 1942, préc., *J. C. P.* 1943, II, 2157 ; cette expression n'était d'ailleurs pas nouvelle, SALEILLES l'ayant déjà employée à propos de la compensation des dettes connexes.

78. – *Exception non adimpleti contractus et résolution. Rapports avec la compensation des dettes connexes.* Nous ne pouvons que nous référer ici à la remarquable analyse de M. DUBOC qui, dans sa thèse, a soutenu que la compensation des dettes connexes fondée sur une connexité juridique, c'est-à-dire sur la communauté de cause, entendue largement, était assimilable aux garanties inhérentes à l'obligation que sont l'exception *non adimpleti contractus*, ou exception d'inexécution, et la résolution²⁰⁸. Cette voie a été choisie par plusieurs auteurs, qui estiment que la compensation des dettes connexes est un mécanisme de garantie autonome inhérent aux obligations réciproques du créancier et du débiteur²⁰⁹.

Il faut en effet constater que l'exception *non adimpleti contractus*, la résolution et la compensation sont des mécanismes étroitement liés. L'exception d'inexécution permet au créancier, dans le cadre d'un rapport synallagmatique, de refuser d'exécuter sa propre prestation tant que le débiteur ne s'est pas lui-même exécuté. Cet instrument, qui repose sur l'idée même du *synallagma*, est un moyen de maintenir un équilibre dans le rapport synallagmatique. Il place le créancier dans une situation d'attente et constitue, comme le droit de rétention, dont il est d'ailleurs proche, un moyen de pression sur le débiteur en vue de l'exécution par celui-ci de ses propres obligations. En ce sens, l'exception *non adimpleti contractus* est comparable à la compensation des dettes connexes. En effet, celle-ci permet au créancier de résister à la demande en paiement de l'administrateur en invoquant ce qu'on peut définir comme un rapport d'équilibre entre sa créance et celle que détient le failli contre lui. Cependant, il convient de noter ici une différence essentielle, déjà évoquée à propos du droit de rétention. L'exception *non adimpleti contractus* ne permet pas la résolution du conflit. Elle est, nous l'avons dit, un mécanisme d'attente qui ne permet pas d'expliquer l'effet extinctif impliqué par la compensation des dettes connexes. C'est pourquoi il importe de lier cette institution à celle de la résolution.

La résolution est un mécanisme qui, dans les rapports synallagmatiques, permet au créancier qui n'a pas obtenu satisfaction d'obtenir l'anéantissement rétroactif du contrat. En ce sens, la résolution peut constituer l'aspect extinctif de l'exception *non adimpleti contractus*. En effet, le créancier peut exciper de l'inexécution de son débiteur pour refuser sa

²⁰⁸ V. DUBOC, *La compensation et les droits des tiers*, th. Nice, L. G. D. J., 1989, n° 384 s.

²⁰⁹ V. not. LARROUMET, *Droit civil*, tome IV, par FRANCOIS, *Economica*, 1^{ère} éd., n° 92 : « Toute compensation confère à celui qui peut l'invoquer une puissante garantie de recouvrement de sa créance. Mais, s'agissant de la compensation ordinaire, la mise en œuvre de cette garantie suppose la coexistence accidentelle de deux obligations réciproques, liquides et exigibles, c'est-à-dire en état d'être payées. Quand bien même le juge est habilité à donner un coup de pouce à la partie dont la créance n'est pas encore liquide, le mécanisme compensatoire, qui représente avant tout un mode de paiement simplifié, reste donc extérieur aux obligations concernées. Au contraire, et tel est le sens de la formule jurisprudentielle, lorsque les dettes sont connexes, la compensation est l'expression d'un mécanisme de garantie qui leur est inhérent. »

propre prestation, et résoudre le conflit par une demande de résolution judiciaire du contrat. En ce sens, la combinaison de l'exception d'inexécution et de la résolution ne peut qu'évoquer le mécanisme de la compensation des dettes connexes, car elle implique ce rapport d'équilibre entre deux obligations, et la satisfaction, qui se traduit par un anéantissement du contrat. Encore faut-il préciser cette idée. En effet, il est nécessaire d'envisager plusieurs situations, qui sont en fait les différentes hypothèses de dénouement de l'exception *non adimpleti contractus*²¹⁰. La résolution ne produit un réel effet satisfaisant que dans l'hypothèse où il n'y a eu aucune exécution de part et d'autre. Ainsi que le déclare M. DUBOC, « la résolution va libérer chacune des parties de son obligation et éteindre sa créance, l'une et l'autre nées du contrat »²¹¹. Cependant, s'il y a eu exécution partielle, le débiteur défaillant sera condamné à des dommages-intérêts. Quant à l'*excipiens*, il restera tenu. Dans une telle hypothèse, on comprend que l'exception *non adimpleti contractus* se résout non plus par la résolution, mais par la compensation²¹².

On voit donc à quel point la compensation des dettes connexes et la combinaison de l'exception d'inexécution et de la résolution sont proches. Toutefois, encore une fois, l'assimilation n'est pas envisageable. C'est la raison pour laquelle M. DUBOC, au terme de sa démonstration, opte pour une qualification autonome de la compensation des dettes connexes. En effet, plusieurs éléments militent en ce sens. D'abord, encore une fois, la connexité envisagée dans le cadre de l'exception *non adimpleti contractus* et de la résolution est très limitée. En effet, ces deux institutions ne jouent par nature que dans les rapports purement synallagmatiques. On a vu que la compensation des dettes connexes avait un domaine plus large²¹³. Ensuite, la jurisprudence refuse clairement d'assimiler la compensation des dettes connexes à l'exception *non adimpleti contractus*²¹⁴. Elle le fait à fort juste titre, car on rappellera que l'exception ne peut jouer que dans l'hypothèse d'une inexécution grave, tempérament qui à notre connaissance n'intervient pas dans le cadre de la compensation des dettes connexes. Enfin, et c'est à notre avis le point le plus délicat, le droit de la faillite

²¹⁰ V. DUBOC, *La compensation et les droits des tiers*, th. Nice, L. G. D. J., 1989, n° 401 s.

²¹¹ V. DUBOC, *La compensation et les droits des tiers*, th. Nice, L. G. D. J., 1989, n° 402 ; cette assimilation à la satisfaction reste contestable, dans la mesure où l'effet rétroactif de la résolution interdit de considérer que l'une quelconque des obligations a existé.

²¹² V. DUBOC, *La compensation et les droits des tiers*, th. Nice, L. G. D. J., 1989, n° 408 et 409.

²¹³ Cette partie de la démonstration de M. DUBOC ne souffre en réalité pas directement cette critique, l'auteur ayant restreint son analyse, sur ce point, à la compensation des dettes connexes dans l'hypothèse d'une connexité purement juridique. Toutefois, même dans ce cadre, on sait que la jurisprudence envisage cette notion de manière très extensive en matière de compensation des dettes connexes. En outre, l'analyse de l'auteur le conduit à éluder toute qualification uniforme de la compensation des dettes connexes.

²¹⁴ V. Com., 22 juin 1983, *Bull. civ. IV*, n° 186 ; l'arrêt affirme que la compensation des dettes connexes peut être admise alors même que l'exception d'inexécution ne pourrait jouer.

paralyse la garantie offerte par l'exception *non adimpleti contractus*. L'art. L. 621-28 al. 4 C. com. dispose en effet que « *le cocontractant doit remplir ses obligations malgré le défaut d'exécution par le débiteur d'engagements antérieurs au jugement d'ouverture* ». L'intérêt de la garantie offerte par la compensation des dettes connexes est au contraire de survivre à la faillite du débiteur. Le droit de résolution est lui aussi, on l'a vu, maintenu dans des limites très étroites par le même texte.

On ne peut qu'en conclure que la compensation des dettes connexes n'est pas une manifestation de l'exception *non adimpleti contractus* ou de la résolution. Certes, on peut en conclure, comme M. DUBOC, que la compensation des dettes connexes est un mécanisme *sui generis* de garantie inhérent aux obligations réciproques des parties²¹⁵. Cependant, cette analyse ne permet pas d'expliquer le mécanisme qui gouverne la facette conventionnelle de la compensation des dettes connexes, et nous avons vu à quel point cet aspect était important, tant sur les marchés financiers, avec la compensation de risque, que dans le domaine bancaire. C'est à notre avis le principal reproche que l'on puisse faire à l'analyse de la compensation en termes de garantie inhérente à l'obligation du créancier. Elle n'a pas vocation à la généralité.

Il convient alors de dire quelques mots plus rapides de l'analyse de la compensation de dettes connexes en termes de gage.

Section II. – La compensation des dettes connexes, expression d'un gage

79. – Gage sur créance. Analyse. Cette conception a encore une fois été proposée par M. DUBOC à propos des conventions de compensation²¹⁶. D'ores et déjà, nous ne pouvons que constater, comme nous l'avons déjà fait remarquer, que l'analyse de M. DUBOC fait de la compensation des dettes connexes un instrument protéiforme. Cependant, cette analyse en termes de gage nous semble fondamentale car elle va permettre de poser les bases de la réflexion à venir.

On l'a vu, la compensation de dettes connexes s'analyse comme une affectation de la créance du failli sur le créancier en garantie de la créance du créancier sur le failli. C'est là l'objet de toute sûreté réelle spéciale, dont l'objet est « *l'affectation volontaire d'un élément d'actif du patrimoine du débiteur au paiement de sa dette* »²¹⁷. On peut valablement considérer

²¹⁵ V. DUBOC, *La compensation et les droits des tiers*, th. Nice, L. G. D. J., 1989, n° 413, *in fine* : « *La compensation apparaît alors comme un mode d'exécution simultané et automatique des obligations fongibles entre elles nées d'un même rapport, dont elle préserve l'équilibre nonobstant les droits des tiers.* »

²¹⁶ V. DUBOC, *La compensation et les droits des tiers*, th. Nice, L. G. D. J., 1989, n° 355 s.

²¹⁷ V. DUBOC, *La compensation et les droits des tiers*, th. Nice, L. G. D. J., 1989, n° 355.

que dans la compensation des dettes connexes, cet élément d'actif du patrimoine du débiteur est la créance qu'il détient sur son propre créancier. La qualification de gage tient à la qualification du droit dont est titulaire le créancier qui se prévaut de la compensation de dettes connexes. M. DUBOC soutient qu'il s'agit d'un droit de préférence²¹⁸. Nous verrons que cette qualification est contestable. Mais au terme de cette analyse, la compensation de dettes connexes serait l'expression d'un gage sur créance. Plus précisément, elle serait l'expression d'un double gage. On a vu en effet que dans la compensation des dettes connexes, chaque partie affecte sa propre créance en garantie de celle de l'autre. Chaque partie se trouverait donc à la fois gagiste et constituant. Le mérite de cette analyse est d'appréhender avec une certaine habileté le mécanisme de la compensation *in futurum*, qu'elle s'exprime à travers le compte courant ou une convention de compensation. En effet, l'aspect conventionnel de la connexité dans ces différentes institutions est une invitation à la recherche d'une qualification faisant intervenir une technique contractuelle connue. En outre, la qualification *sui generis* est délicate dès lors que l'on analyse la compensation de dettes connexes comme une sûreté. En effet, l'art. 2093 C. civ., qui dispose que « *les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers* », et que le prix de ces biens « *s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence* », interdit qu'il soit créé des causes de préférence non prévues par la loi. Nous verrons que cette affirmation doit être nuancée. Toutefois, il est vrai que l'adoption d'une qualification nommée évite toute critique de ce chef. Le gage est en effet clairement prévu par les art. 2071 et 2072 C. civ. Le premier de ces textes dispose que « *le nantissement est un contrat par lequel un débiteur remet une chose à son créancier pour sûreté de sa dette* ». Quant au second, il précise que « *le nantissement d'une chose mobilière s'appelle gage* ».

L'analyse en termes de gage présente d'autres avantages, qui nous semblent particulièrement importants. Tout d'abord, cette conception est en harmonie avec la jurisprudence, et ce à deux points de vue. D'une part, même si ces décisions sont rares, il arrive que la jurisprudence qualifie la compensation de dettes connexes de sûreté. On citera à cet égard un arrêt particulièrement évocateur de la Cour d'appel de Paris, rendu le 5 mai 1969²¹⁹. Les juges avaient à cette occasion précisé que « *si le principe de l'égalité entre les créanciers du failli s'oppose à ce qu'une compensation, qui équivaut à une sûreté, intervienne après le jugement prononçant la faillite ou le règlement judiciaire, il est fait exception à cette règle, et une garantie fondée sur le lien unissant les obligations synallagmatiques peut alors*

²¹⁸ V. DUBOC, *La compensation et les droits des tiers*, th. Nice, L. G. D. J., 1989, n° 356.

²¹⁹ V. Paris, 5 mai 1969, *D.* 1969, Somm., 74.

en résulter pour le créancier, lorsque les créances réciproques trouvent leurs sources dans un même contrat ou des contrats faisant naître des obligations connexes ou bien encore lorsque ces créances se trouvent fondues dans une compte unique et indivisible ». L'idée de sûreté est donc présente dans l'esprit des juges, même si, nous en convenons, cette seule constatation n'est pas réellement probante. D'autre part, nous l'avons déjà vu, la jurisprudence affirme également que la compensation de dettes connexes fait naître un droit de rétention au profit du créancier²²⁰. Le gage confère, on le sait, un droit de rétention au créancier gagiste. C'est l'art. 2082 C. civ. qui l'affirme en ces termes : « *Le débiteur ne peut, à moins que le détenteur du gage n'en abuse, en réclamer la restitution qu'après avoir entièrement payé, tant en principal qu'intérêts et frais, la dette pour sûreté de laquelle le gage a été donné* ».

On aurait alors pu avancer que l'effet extinctif de la compensation de dettes connexes, qui se produit de manière automatique, le juge n'intervenant que pour constater son principe, était incompatible avec la prohibition du pacte commissoire posée par l'art. 2078 C. civ. Cependant, il ne faut pas oublier que le gage qui fonde l'analyse de la compensation de dettes connexes est un gage commercial sur créance, qui fait à ce titre l'objet d'une réglementation particulière résultant de la combinaison des règles du Code civil et du Code de commerce²²¹. Et de fait, la procédure de réalisation du gage sur créance est simplifiée. M. DUBOC déclarait que « *la réalisation du gage s'opère dans ce cas d'une manière extrêmement simplifiée, obligatoirement par l'attribution du gage au créancier sans même l'intervention du tribunal. La prohibition du pacte commissoire ne concerne pas le gage portant sur des sommes d'argent ou des créances. Le créancier pourra conserver ce qu'il doit à son débiteur en l'imputant à due concurrence sur la propre dette de ce dernier à son égard [...]* »²²². Mais à notre avis, nous le verrons, cette analyse est erronée.

Enfin, la compensation de dettes connexes se prête volontiers à la qualification de gage au regard du problème de l'opposabilité de ce dernier. Il règne en la matière un certain flou jurisprudentiel qui semble s'être estompé ces dernières années. En effet, deux règles relatives à l'opposabilité du gage commercial sur créance doivent être évoquées. La première n'a aucune incidence en matière de compensation de dettes connexes. Elle concerne en effet l'obligation qui est faite au créancier gagiste de signifier l'acte constitutif du gage au débiteur, ou de faire en sorte que celui-ci l'accepte dans un acte authentique²²³. Le débiteur de la créance gagée étant, dans le cas de la compensation de dettes connexes, le constituant lui-

²²⁰ V. Civ., 13 juil. 1942, préc., *J. C. P.* 1943, II, 2157, *D. C.* 1944, 1.

²²¹ V. art. L. 521-1 s. C. com.

²²² V. DUBOC, *La compensation et les droits des tiers*, th. Nice, L. G. D. J., 1989, n° 363.

²²³ V. art. 2075 C. civ.

même, cette signification n'a pas lieu d'être²²⁴. La seconde était plus gênante au regard de l'assimilation de la compensation de dettes connexes au gage. La jurisprudence, sur le fondement de l'art. L. 521-1 al. 4 C. com., aux termes duquel « *il n'est pas dérogé aux dispositions de l'article 2075 C. civ. en ce qui concerne les créances mobilières, dont le cessionnaire ne peut être saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur* », avait exigé que le gage commercial soit constitué par acte enregistré²²⁵. Toutefois, cette solution, très contestée par la doctrine²²⁶, n'est pas appliquée en pratique.

80. – Critiques. Encore une fois, il nous semble que cette analyse qui fait de la compensation des dettes connexes un simple gage ne peut être retenue. Nous évoquerons à ce propos plusieurs objections.

La première prend en compte les modalités de réalisation du gage commercial sur créance. Nous avons vu que M. DUBOC appuyait son argumentation en affirmant que la réalisation se traduisant par une simple imputation de la dette du créancier envers le failli sur la créance gagée. Cependant, cette conception, qui veut que le gage sur créance se réalise par encaissement pur et simple de la créance gagée, n'est valable que pour trois types de gages, qui sont le nantissement des effets de commerce, le nantissement des créances hypothécaires à long terme et le nantissement des marchés de travaux. Pour les autres créances, la réalisation du gage est effectuées selon les modalités requises par l'art. L. 521-3 C. com., qui exige du créancier qu'il adresse au débiteur une sommation de payer. Si celle-ci reste sans effet après huit jours, la créance gagée est vendue aux enchères publiques²²⁷. Il est évident qu'une telle exigence n'est pas satisfaite dans le cadre de la compensation de dettes connexes. Certes, le créancier peut recourir à l'art. 2078 C. civ. pour demander l'attribution judiciaire de son gage, mais on ne voit pas en quoi la compensation de dettes connexes offre une telle possibilité.

La seconde prend en compte le fait que, dans la faillite, et cela est valable pour l'ensemble des gages, les pouvoirs des parties sont limités par l'art. L. 621-24 al. 3 C. com., qui permet au juge-commissaire d'autoriser le chef d'entreprise ou l'administrateur « *à payer des créances antérieures au jugement, pour retirer le gage ou une chose légitimement retenue, lorsque ce retrait est justifié par la poursuite de l'activité* ». Comme nous l'avions

²²⁴ Nous ferons la même remarque à propos de la jurisprudence plus que contestable qui, durant un temps, avait exigé la remise du titre de la créance. Cette jurisprudence est sans aucun doute abandonnée aujourd'hui. V. Civ., 10 mai 1983, *Rép. Def.* 1983, 1393, note PIEDELIEVRE, *D.* 1984, Jur., 433, note LEGIER.

²²⁵ V. Civ., 27 nov. 1865, *D.* 1866, Jur., 56 ; Com., 28 janv. 1997, *Bull. civ. IV*, n° 35, *J. C. P.* 1997, II, 22791.

²²⁶ V. not. RIPERT et ROBLOT, *Traité de droit commercial*, tome II, par GERMAIN et DELEBECQUE, L. G. D. J., 16^{ème} éd., n° 2605.

²²⁷ V. not. RIPERT et ROBLOT, *Traité de droit commercial*, tome II, par GERMAIN et DELEBECQUE, L. G. D. J., 16^{ème} éd., n° 2605.

remarqué à propos du droit de rétention, rien ne justifie dans le gage, au regard du droit de la faillite, le paiement automatique réalisé par la compensation des dettes connexes. En outre, la rédaction de l'art. L. 621-24 C. com. interdit qu'on assimile la compensation des dettes connexes au gage²²⁸. En effet, si on admet l'assimilation de la compensation des dettes connexes au gage, il est étrange que l'art. L. 621-24 al. 1^{er} C. com. autorise expressément la compensation des dettes connexes antérieures alors que l'art. L. 621-24 al. 3 C. com. prévoit un régime spécifique d'autorisation du paiement des dettes antérieures dans le cadre du gage ou du droit de rétention. Si la compensation des dettes connexes était effectivement un gage ou un droit de rétention, ce troisième alinéa serait parfaitement inutile.

En réalité, il nous semble que l'analyse de la compensation des dettes connexes en termes de gage élude un aspect fondamental de cette institution. Nous avons vu en effet que la compensation, quelle que soit sa forme, devait intervenir entre dettes fongibles, que cette fongibilité résulte de la nature des créances réciproques ou de la volonté des parties²²⁹. Or, nous allons le voir, cette fongibilité implique, dans la compensation des dettes connexes, un transfert de la propriété de la créance que le failli détient sur son créancier. Dès lors, le droit du créancier qui se prévaut de la compensation de dettes connexes n'est pas un droit de préférence. C'est un droit de propriété. C'est ce qui doit nous amener à proposer une qualification nouvelle, qui à notre avis, peut prétendre à la généralité au regard de notre étude. C'est ce que nous tenterons de démontrer en analysant la compensation des dettes connexes sous l'angle de la sûreté-propriété, ou fiducie-sûreté.

²²⁸ Ou au droit de rétention, les deux institutions étant mises sur le même plan par l'art. L. 621-24 al. 3 C. com.

²²⁹ Cf. *supra*.

Chapitre II. – L'adoption d'une conception moderne : la compensation des dettes connexes, expression d'une sûreté-propriété

81. – Remarques liminaires. La propriété utilisée comme une garantie a acquis ces dernières années ses lettres de noblesse. Elle a suscité un engouement de la pratique, et notamment de la pratique financière, qui a vu en elle un moyen très sûr de résister aux défaillances diverses. C'est sans aucun doute la loi du 2 janvier 1981, en instituant une procédure simplifiée de cession et de nantissement des créances professionnelles, qui a ouvert la voie aux réflexions diverses et à la généralisation de ces mécanismes. Les marchés financiers, notamment avec la loi M. A. F. du 2 juillet 1996, se sont également dotés de mécanismes utilisant la propriété comme garantie. De nombreux auteurs ont estimé qu'il fallait voir dans cette évolution une consécration d'un mécanisme général de cession fiduciaire²³⁰. C'est pourquoi il nous semblait important d'aborder l'analyse du mécanisme de la compensation de dettes connexes sous cet angle. En effet, nous l'avons déjà dit à maintes reprises, la compensation des dettes connexes permet une affectation d'une créance en garantie d'une autre. La particularité de l'institution est qu'elle se réalise entre les deux créanciers réciproques. Mais rien à notre avis n'interdit de raisonner par analogie avec le mécanisme de la cession fiduciaire. On ne pourra que citer MM. SIMLER et DELEBECQUE, qui définissent le mécanisme comme un moyen permettant au débiteur d'affecter « *la valeur de sa créance au remboursement de sa dette* »²³¹. A notre avis, c'est cette idée qui doit être retenue, et ce au nom de la liberté contractuelle. La question était pourtant – et est toujours – très débattue en doctrine, certains auteurs estimant qu'il n'est pas possible de créer des sûretés réelles innommées sans violer l'art. 2093 C. civ. Cette analyse nous semble bien loin des réalités de la pratique...

Nous allons voir que la compensation des dettes connexes revêt une nature proche de celle d'une sûreté-propriété, notamment parce que le droit qu'elle confère au créancier qui l'invoque est comparable à celui qui bénéficie du transfert fiduciaire. Nous nous devons cependant de modérer cette analyse en la confrontant aux conclusions que nous avons tirées de cette étude. C'est ce que nous ferons en examinant la réalité de la qualification (Section I), puis son opportunité (Section II).

²³⁰ V. not. CABRILLAC et MOULY, *Droit des sûretés*, Litec, 6^{ème} éd. ; SIMLER et DELEBECQUE, *Droit civil, Les sûretés, la publicité foncière*, Précis Dalloz, 3^{ème} éd., n° 553.

²³¹ V. SIMLER et DELEBECQUE, *Droit civil, Les sûretés, la publicité foncière*, Précis Dalloz, 3^{ème} éd., n° 553.

Section I. – Compensation des dettes connexes et sûreté-propriété : la réalité de la qualification

82. – Droit du créancier excipant de la compensation des dettes connexes. Nature.

Voilà sans aucun doute le cœur de la question. Quelle est la nature du droit dont dispose le créancier à l'égard de la faillite lorsqu'il se prévaut de la compensation des dettes connexes ? Nous avons vu qu'une précédente analyse avait considéré qu'il s'agissait d'un droit de préférence²³². Elle nous semble conceptuellement erronée, nous allons voir dans quelle mesure. Il nous semble qu'il faille se reporter à la définition même du droit de préférence. La situation du créancier excipant de la compensation des dettes connexes exclut, à notre avis, l'idée même du droit de préférence. En effet, le créancier titulaire d'un droit de préférence est un créancier en concours avec les autres créanciers. Le droit de préférence implique qu'il bénéficie d'un rang plus favorable qu'un créancier chirographaire, ou qu'un autre créancier titulaire d'un droit de préférence postérieur ou de moindre rang. Or, le créancier qui se prévaut de la compensation des dettes connexes n'est pas en concours. Il est assuré d'obtenir un paiement. Si celui-ci n'est pas intégral, cela ne tient pas à l'existence d'un concours, mais au mécanisme même de la compensation des dettes connexes, qui produit une extinction des créances à concurrence de la plus faible. Le créancier qui se prévaut de la compensation des dettes connexes est titulaire d'un droit exclusif. Pour reprendre la définition d'une doctrine autorisée, « *constitue un droit exclusif, et non un droit de préférence, toute prérogative dont l'exercice permet au créancier titulaire d'échapper à un quelconque concours avec les autres créanciers du même débiteur* »²³³. Dès lors, il faut en conclure que le droit dont le créancier est titulaire lorsqu'il invoque la compensation des dettes connexes dans la faillite de son débiteur est un droit exclusif. C'est la raison fondamentale pour laquelle nous avons rejeté la qualification de gage. Un gage n'implique qu'un droit de préférence, doublé d'un droit de suite. En aucun cas il ne confère un droit exclusif.

Quelle est alors la nature du droit du créancier ? Il nous semble que ce droit est un droit de propriété, d'où cette possibilité qui se précise de rechercher dans la sûreté-propriété la véritable nature de la compensation des dettes connexes. En effet, le créancier qui bénéficie de la compensation des dettes connexes est traité dans la faillite de son débiteur d'une manière semblable au créancier bénéficiant d'une réserve de propriété. Le droit qu'il détient sur la

²³² Cf. *supra*.

²³³ V. GHESTIN, *Traité de droit civil, Droit commun des sûretés réelles*, par MESTRE, PUTMAN et BILLIAU, L. G. D. J., 1^{ère} éd., n° 31 ; v. également CROCQ, *Propriété et garantie*, th. Paris II, L. G. D. J., 1995, n° 282 et 303.

créance du failli à son encontre lui permet de s'en approprier la valeur sans autre formalité, comme s'il en était propriétaire. Cela explique évidemment pourquoi le créancier bénéficiant de la compensation des dettes connexes est hors concours, et pourquoi surtout la compensation des dettes connexes peut intervenir après l'ouverture de la procédure. Si la compensation des dettes connexes est la manifestation du droit de propriété du créancier qui s'en prévaut, l'art. L. 621-24 al. 1^{er} C. com., en ce qu'il interdit le paiement des dettes antérieures, n'a pas lieu de jouer, et ce parce qu'il n'y a aucun paiement.

Encore faut-il à présent rechercher d'où naît ce droit de propriété du créancier et préciser son objet.

83. – Droit de propriété. Analyse. Pour que le créancier soit titulaire d'un droit de propriété sur la créance que le failli détient sur lui, il est nécessaire que la propriété de cette créance ait été transférée. Il nous semble que le transfert de propriété impliqué par la compensation de dettes connexes peut s'expliquer par la fongibilité des créances qui en font l'objet. En effet, on a vu plus haut que la fongibilité était un préalable à toute compensation. La compensation des dettes connexes n'y fait pas exception, et ce quand bien même nous démontrons que sa nature est différente de la compensation du Code civil. Il est certain que la jurisprudence, et nous verrons pourquoi, exige des dettes connexes qu'elles soient fongibles pour que l'effet de la compensation des dettes connexes se produise. La fongibilité est une notion qu'il est fort délicat d'appréhender en quelques lignes. Nous nous contenterons ici de la considérer comme un rapport d'équivalence, objectif ou subjectif, entre deux choses, en l'occurrence des créances. Nous avons vu qu'elle pouvait résulter de la volonté des parties²³⁴. Ce qui est certain, c'est que la fongibilité emporte transfert de propriété. C'est l'autre aspect de la fongibilité, qui est, outre un rapport d'équivalence, un instrument translatif de droits. La doctrine majoritaire est en ce sens²³⁵. Il est dès lors logique de considérer, au vu de la fongibilité qui existe entre les créances réciproques du créancier et du failli, qu'il existe un transfert de propriété de la créance du failli sur son créancier en garantie de la créance de ce dernier sur le failli²³⁶. Cependant, le transfert de propriété par la fongibilité implique qu'il y ait eu remise de la chose. S'agissant de créance, cette exigence n'a pas d'incidence. On a vu d'ailleurs comment la jurisprudence avait contourné la notion de remise de la chose dans le cadre du gage commercial sur créance.

²³⁴ Sur tous ces points, cf. *supra*.

²³⁵ V. LAUDE, *La fongibilité*, *Rev. trim. dr. com.* 1995, 307.

²³⁶ V. en ce sens, TOLEDO, *La compensation conventionnelle*, *Rev. trim. dr. civ.* 2000, 265.

84. – Rapports avec la sûreté-propriété. La sûreté-propriété est « un contrat par lequel une personne aliène à une autre un bien corporel ou incorporel dans le but de garantir une créance, à charge pour l'acquéreur de retransférer en principe le bien lorsque la garantie n'a plus lieu de jouer »²³⁷. On dit que la propriété transférée à titre de garantie est temporaire. Il s'agit d'un droit de propriété limité, un droit de propriété auquel est attaché une obligation de restitution. C'est exactement la nature du droit de propriété qui résulte du transfert opéré par la fongibilité. Pour reprendre les termes de M. LAUDE, « l'effet translatif de propriété découlant de la fongibilité est original. Si elle accorde au détenteur un droit de disposer, elle n'écarte pas pour autant son obligation de restitution dont il ne peut en aucun cas se décharger. »²³⁸ Cette propriété est temporaire, l'intérêt de la sûreté-propriété – ou de la fongibilité – étant de lui donner la possibilité de devenir définitive²³⁹. Il semble donc que la compensation des dettes connexes, de par la fongibilité qui lui est inhérente, emporte un transfert de propriété calqué sur celui de la sûreté-propriété.

Cependant, il faut pouvoir expliquer l'affectation en garantie qui caractérise la compensation des dettes connexes. C'est en effet ce qui différencie la compensation des dettes connexes de la compensation classique, telle que décrite par le Code civil. Et c'est aussi ce qui permet de la rattacher à la catégorie particulière des sûretés-propriété. Cette affectation, dans la sûreté-propriété, tient à la remise de la chose. Nous avons vu que cette notion était difficilement transposable à la sûreté-propriété sur créance. C'est sans aucun doute le point faible de cette démonstration. A notre avis, la seule manière de justifier cette affectation particulière en garantie est de mettre l'accent sur l'origine de la compensation des dettes connexes. Celle-ci doit résulter de la volonté des parties, qui décident d'affecter en garantie de leurs créances respectives leurs dettes réciproques. Dès lors, la démonstration a tout lieu de jouer lorsque la connexité a une origine purement conventionnelle. Nous l'avons vu, c'est le cas sur les marchés financiers avec la compensation de risque, qui s'analyse en une compensation *in futurum* ayant un mode de réalisation particulier. C'est également souvent le cas dans le domaine bancaire, avec les modes de création conventionnelle de connexité gravitant autour du compte courant. C'est tout simplement le cas lorsque deux parties décident de créer artificiellement une connexité d'ordinaire absente entre deux de leurs obligations réciproques. Mais *quid* de la connexité naturelle ? Comment est-il possible de

²³⁷ V. WITZ, *La fiducie en droit français*, th. Paris II, Economica, 1980, n° 151.

²³⁸ V. LAUDE, *La fongibilité*, *Rev. trim. dr. civ.* 1995, 307.

²³⁹ V. en ce sens TOLEDO, *La compensation conventionnelle*, *Rev. trim. dr. civ.* 2000, 265.

soutenir que cette connexité véhicule une affectation volontaire en garantie, assimilable à une remise de la créance ? Il faut à notre avis revenir aux sources. La connexité, même naturelle, trouve son origine dans la convention des parties, soit que celle-ci soit unique, soit que les parties aient décidé d'en unir plusieurs par une convention-cadre ou un courant d'affaires. On a vu comment la connexité à l'origine naturelle pouvait aisément trouver une part de son origine, au vu des évolutions récentes de la jurisprudence, dans les montages conventionnels des parties. Il y a, dans la compensation des dettes connexes, analysée sous l'angle de la connexité naturelle, une indivisibilité d'origine. Ainsi que l'affirmaient avec force MM. RIPERT et BOULANGER, « *on peut considérer que, malgré le défaut d'exigibilité ou de liquidité, une compensation était prévue dès la naissance de la créance* »²⁴⁰.

Il faut alors s'interroger sur le mode de réalisation de la sûreté-propriété, et d'analyser les rapports qu'il entretient avec le dénouement de la compensation des dettes connexes.

85. – Réalisation de la sûreté-propriété. Dénoement de la compensation des dettes connexes. Nous avons vu que, quelle que soit la qualification adoptée, le mode de dénoement de la compensation des dettes connexes demeure délicat à expliquer. En effet, la compensation des dettes connexes produit un double effet extinctif, et ce de manière très informelle, sans qu'aucune intervention – autre que purement déclarative – soit nécessaire, ni qu'aucune précaution entre les parties ne soit respectée. Il nous semble possible de rapprocher le dénoement de la compensation des dettes connexes de la réalisation de la sûreté-propriété, même si, encore une fois, la similitude n'est pas parfaite.

En principe, la sûreté-propriété se dénoue par l'attribution définitive de la propriété du bien affecté en garantie au fiduciaire. En réalité, il faut comprendre ce mode de réalisation comme une extinction de l'obligation de restitution pesant sur le fiduciaire. Cela explique le mode de réalisation simplifié de la sûreté-propriété. En effet, la jurisprudence affirme que la réalisation intervient sous la forme d'une compensation civile entre la créance de restitution du fiduciaire sur le fiduciaire et la créance garantie du fiduciaire sur le fiduciaire²⁴¹. La jurisprudence avait raisonné à propos du gage-espèce, ce qui est particulièrement intéressant, car le gage-espèce est également un mode de garantie emportant un transfert de propriété du fait de la fongibilité naturelle de la monnaie²⁴². Dès lors, l'institution est on ne peut plus

²⁴⁰ V. RIPERT et BOULANGER, *Traité de droit civil*, L. G. D. J., 6^{ème} éd., n° 2006.

²⁴¹ V. Com., 17 mai 1994, *D.* 1995, Jur., 124, note LARROUMET ; Com., 9 avril 1996, *D.* 1996, Jur., 399, note LARROUMET.

²⁴² V. Com., 17 mai 1994, *D.* 1995, Jur., 124, note LARROUMET ; v. également CABRILLAC, *Les sûretés conventionnelles sur l'argent*, *Mélanges DERRUPE*, 1991, 333.

proche de la compensation de dettes connexes. Cependant, cette jurisprudence a été critiquée, en ce qu'elle affirmait que cette compensation résultant de la réalisation de la sûreté-propriété était légale²⁴³. Cette compensation ne peut être légale, pour la simple et bonne raison que la créance de restitution du fiduciaire sur le fiduciaire n'est exigible que si le premier s'est acquitté de sa dette. C'est pourquoi M. LARROUMET estime que la réalisation de la sûreté-propriété fait intervenir une compensation conventionnelle²⁴⁴. Cette vision des choses est à notre avis erronée. En effet, si la Cour de cassation estime qu'il y a compensation légale, elle le fait à bon droit. Car il faut considérer que la créance de restitution adopte la même échéance que la créance affectée en garantie. C'est ce qui explique que le juge se contente de constater le principe de cette compensation pour dettes connexes. Car la compensation qui constituera son mode de réalisation n'intervient juridiquement que lorsque les deux créances sont en état d'être payées. Le mécanisme s'adapte remarquablement bien sur les marchés financiers. En effet, dans la compensation de risque, les parties sont autorisées à soumettre l'exigibilité anticipée de leurs obligations à l'ouverture de la procédure. C'est ce qui explique la réalisation immédiate de cette compensation de dettes connexes spécifique.

86. – Conclusion. Nous avons donc montré que la compensation des dettes connexes revêtait la structure d'une sûreté-propriété, qualification qui explique le droit incroyablement fort dont dispose le créancier qui s'en prévaut face à la faillite de son débiteur. Encore faut-il envisager dans quelle mesure cette qualification est opportune au regard des conclusions que nous avons pu tirer de cette étude.

Section II. – Compensation des dettes connexes et sûreté-propriété : l'opportunité de la qualification

87. – L'adoption de la qualification de sûreté-propriété emporte, au regard des solutions que nous avons dégagées jusqu'à maintenant, des conséquences importantes. Nous en aborderons deux, sur lesquelles nous nous étions longuement attardés précédemment.

D'une part, quelles conséquences emporte l'adoption de cette qualification au regard des nullités de la période suspecte ? Il y a ici, à notre avis, deux situations à distinguer. La

²⁴³ C'est ce qu'il faut entendre par la formule employée par l'arrêt du 17 mai 1994 : « *Mais attendu que la compensation de créances réciproques non sujettes à discussion quant à leur exigibilité et à leur montant s'opère de plein droit, à concurrence de la plus faible, à l'instant où la seconde vient à échéance [...].* » ; v. également, en ce sens, LARROUMET, note sous Com., 17 mai 1994, D. 1995, Jur., 124.

²⁴⁴ V. LARROUMET, note sous Com., 17 mai 1994, D. 1995, Jur., 124.

première est la constitution d'une situation de connexité durant la période suspecte. Nous avons à ce sujet déclaré qu'une telle création conventionnelle de connexité était inenvisageable ; la jurisprudence était en ce sens, mais le fondement des décisions demeurait incertain. Nous pensions que ce fondement pouvait être recherché dans l'art. L. 621-107-6° C. com., qui interdit la constitution de sûretés en garantie de créances antérieures. A notre avis, ce fondement doit interdire, par extension, la constitution de la compensation de dettes connexes dès lors qu'on l'assimile à une sûreté-propriété. La compensation de dettes connexes doit avant tout être analysée comme la constitution d'une garantie sur un élément du patrimoine du débiteur. Si l'art. L. 621-107-6° C. com. interdit qu'on crée sur cet élément du patrimoine un droit de préférence, *a fortiori*, on doit admettre qu'il interdit que soit créé un droit exclusif. On peut cependant s'interroger au regard de la rédaction de l'art. L. 621-107-4° C. com. qui autorise expressément les paiements pour dettes échues faits par bordereaux de cession visés par la loi du 2 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises. On sait qu'il s'agit d'un exemple de cession de créance à titre de garantie. Doit-on pour autant généraliser la solution ? Nous ne le pensons pas, au vu de l'esprit du texte. En effet, la loi du 2 janvier 1981 a créé un mode spécifique de financement, plus qu'un mode de garantie. Il en résulte que le législateur, en incluant spécifiquement la référence à la loi du 2 janvier 1981 dans le texte de l'art. L. 621-107-4° C. com. n'a pas entendu autoriser d'autres modes de cession fiduciaire. La seconde situation est celle dans laquelle le dénouement de la compensation de dettes connexes a lieu au cours de la période suspecte. Nous avons vu qu'une telle hypothèse était relativement peu probable, mais nous avons conclu à la nécessité d'interdire un tel dénouement, le mode de paiement ainsi utilisé n'étant pas normal. Nous ne pouvons que confirmer cette opinion. En effet, si le dénouement de la sûreté-propriété constituée par la compensation des dettes connexes se traduit par une compensation, que la jurisprudence qualifie de légale, il est indéniable que celle-ci n'est pas amenée par la marche naturelle des choses. On sait que dans une telle hypothèse, la jurisprudence est particulièrement sévère et n'hésite pas à sanctionner de telles opérations.

D'autre part, la qualification de sûreté-propriété confirme notre analyse qui nous avait permis de conclure à l'interdiction de la compensation d'une dette antérieure et d'une dette postérieure sur le fondement de leur connexité. A ce titre, nous ne pourrions que déplorer la position de la jurisprudence qui, par souci d'économie procédurale, admet trop largement cette compensation²⁴⁵. Mais, indubitablement, la connexité est un lien qui ne peut que

²⁴⁵ V. Com., 19 mars 1991, préc.

préexister à l'ouverture de la procédure. Si, préalablement au jugement d'ouverture, deux obligations réciproques ne coexistent pas, il ne peut y avoir transfert de la propriété de l'une au profit du créancier de l'autre. Et le créancier n'a alors plus aucune raison d'être titulaire d'un droit de propriété, et d'échapper ainsi à tout concours.

On voit donc à quel point cette qualification est délicate. Et elle le demeurera dès lors que la jurisprudence se refusera à prendre parti sur ce point. A notre avis, il ne faut pas attendre de la part des juges un éclaircissement salvateur. Le mécanisme fonctionne. C'est là tout ce qui compte.

Conclusion générale

88. – Cette étude se veut modeste. Elle n'a pas l'ampleur qu'aurait mérité le sujet abordé, et elle nous a uniquement permis d'avancer prudemment quelques idées dans un souci d'harmonisation des solutions. Mais nous sommes obligés de constater que cette harmonisation semble bien complexe.

Nous avons démontré qu'à notre avis, la compensation qui se produisait au préjudice des créanciers antérieurs après l'ouverture de la procédure collective n'était en fait que la traduction d'un phénomène complexe, la connexité. Ce lien très fort qui unit deux ou plusieurs obligations entre elles, offre au créancier du failli un droit particulièrement résistant face au phénomène perturbateur qu'est la faillite. Surtout, à notre avis, la connexité est le dénominateur commun de cette compensation au préjudice des droits acquis à des tiers sur les marchés financiers, à travers la compensation de risque, et dans le droit commun. Il ne nous semble pas réellement que les marchés financiers bénéficient d'un droit spécial entièrement dérogatoire au droit commun de la compensation en matière de faillite. La compensation de risque n'est que l'expression de mécanismes connus, auxquels la loi confère une efficacité particulière, essentiellement dans le but d'éviter toute contestation de nature à perturber gravement le fonctionnement des marchés.

Le juge n'a sans doute pas encore pleinement pris conscience de ce dénominateur commun. Et force est de constater qu'il traite la compensation de risque comme une institution étrange, quelque peu magique, qui ne présente rien de commun avec les règles de la compensation en matière de faillite. La doctrine, essentiellement formée de praticiens de la finance, est plutôt encline à détacher franchement le droit financier du droit commun. Mais cette évolution du droit ne nous semble pas souhaitable, surtout lorsqu'en réalité, l'harmonie peut être dégagée au sein de ces dispositions diverses. Indéniablement, c'est en observant ces difficultés d'harmonisation que l'on constate à quel point, dans des domaines aussi pointus que le droit financier, l'art législatif est en déclin. Nous entrons aujourd'hui dans l'ère du droit spécial. On comprend que dans un domaine aussi complexe que le droit financier, aussi technique que la compensation, et aussi perturbateur que le droit de la faillite, le législateur n'ait pas l'opportunité immédiate de créer un droit commun. Mais c'est à notre sens dans cette direction qu'il devrait s'orienter.

L'harmonie était-elle alors envisageable quant à la nature même de cette compensation se produisant au préjudice des droits des tiers dans la faillite ? A n'en pas douter, elle est plus que délicate à dégager. Et cela ne tient pas à l'œuvre du législateur, mais plutôt à celle de la

pratique. En effet, force est de constater qu'il est vain de tenter de faire rentrer toutes les institutions de droit commercial dans des boîtes rassurantes. Le compte courant avait fait l'objet de telles tentatives qui se sont avérées peu heureuses. Peut-être alors la compensation des dettes connexes fait-elle partie de ces mystères du droit commercial qu'il est vain de percer. Nous ne le pensons pas, pour la simple et bonne raison que cette institution n'est pas propre au droit commercial. La qualification *sui generis*, si elle est parfois nécessaire, n'en constitue pas pour autant une méthode de qualification juridique. Et il nous semble qu'un examen attentif du mécanisme de la compensation des dettes connexes permet de remarquer que celui-ci s'apparente grandement à une sûreté-propriété.

Cette qualification ne résout pas tout, nous l'admettons. Mais il est certain qu'elle permet d'expliquer plus clairement bien des solutions du droit commun ou du droit financier. En outre, la sûreté-propriété est devenue un instrument de choix dans les relations commerciales. Cette évolution doit inciter à la prendre en compte aux côtés des techniques plus classiques dans des études consacrées, au fond, au droit dont disposent certains créanciers d'en exclure d'autres. La notre aura au moins eu ce mérite.

Bibliographie

Traité et ouvrages de droit civil et commercial

Droit des obligations

BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, Domat Montchrestien, 8^{ème} éd.

CARBONNIER, *Droit civil*, tome IV, *Les obligations*, Thémis, 20^{ème} éd.

LARROUMET, *Droit civil*, tome IV, *Les obligations, régime général*, par FRANCOIS, Economica, 1^{ère} éd.

MARTY, RAYNAUD et JESTAZ, *Droit civil, Les obligations*, tome III, Sirey, 2^{ème} éd.

MAZEAUD et CHABAS, *Leçons de droit civil*, tome II, premier volume, *Obligations, théorie générale*, par CHABAS, Montchrestien, 9^{ème} éd.

RIPERT et BOULANGER, *Traité théorique et pratique de droit civil français*, tome II, *Obligations, droits réels principaux*, L. G. D. J.

Droit des sûretés

CABRILLAC et MOULY, *Droit des sûretés*, Litec, 6^{ème} éd.

GHESTIN, *Traité de droit civil, Droit commun des sûretés réelles*, par MESTRE, PUTMAN et BILLIAU, *Droit spécial des sûretés réelles*, par MESTRE, PUTMAN et BILLIAU, L. G. D. J., 1^{ère} éd.

MAZEAUD et CHABAS, *Leçons de droit civil*, tome III, premier volume, *Les sûretés, la publicité foncière*, par PICOD, Montchrestien, 7^{ème} éd.

SIMLER et DELEBECQUE, *Droit civil, Les sûretés, la publicité foncière*, Précis Dalloz, 3^{ème} éd.

Droit commercial

BONNEAU, *Droit bancaire*, Domat Montchrestien, 4^{ème} éd.

BONNEAU et DRUMMOND, *Droit des marchés financiers*, Economica., 1^{ère} éd.

De VAUPLANE et BORNET, *Droit des marchés financiers*, Litec, 3^{ème} éd.

DERRIDA, GODE et SORTAIS, *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, Dalloz, 3^{ème} éd.

DIDIER, *Droit commercial*, tome V, *Entreprises en difficulté*, Thémis, 2^{ème} éd.

PERCEROU et DESSERTAUX, *Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires*, tomes I et II, Rousseau, 2^{ème} éd.

RIPERT et ROBLOT, *Traité de droit commercial*, tome II, *Effets de commerce, banque et bourse, contrats commerciaux, procédures collectives*, par GERMAIN et DELEBECQUE, L. G. D. J., 16^{ème} éd.

THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial*, par PERCEROU, Rousseau, 6^{ème} éd.

Thèses et monographies

AUCKENTHALER, *Compensation, remise en garantie, cession : le nouveau régime des créances afférentes aux opérations sur instrument financier*, *J. C. P. éd. E.* 1996, I, 594.

AUCKENTHALER, *Le global netting : l'article L. 431-7 du Code monétaire et financier modifié par la loi du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques*, *J. C. P. éd. E.* 2001, I, 1669.

BOSSIN et LUCAS de LEYSSAC, *Le sort des produits dérivés en cas de redressement judiciaire d'une société : exception au droit commun des procédures collectives*, *D. aff.* 1998, supp., 1568.

CABRILLAC, *Les sûretés conventionnelles sur l'argent*, *Mélanges DERRUPE*, 1991, 333.

CHABAS, *Réflexions sur la compensation judiciaire*, *J. C. P.* 1966, I, 2026.

CROCQ, *Propriété et garantie*, th. Paris II, L. G. D. J., 1995.

DELOZIERE-Le FUR, *La compensation dite multilatérale*, th. Paris II, dactyl., 2002.

DUBOC, *La compensation et les droits des tiers*, th. Nice, L. G. D. J., 1989.

ESMEIN, *Essai sur la théorie juridique du compte courant*, *Rev. trim. dr. civ.* 1920, 79.

GABET-SABATIER, *La connexité dans le droit des obligations*, th. Paris I, dactyl., 1977.

GABET-SABATIER, *Le rôle de la connexité dans l'évolution du droit des obligations*, *Rev. trim. dr. civ.* 1980, 39.

LAUDE, *La fongibilité*, *Rev. trim. dr. com.* 1995, 307.

LUCAS de LEYSSAC, *L'utilisation de la compensation en droit commercial*, th. Paris I, dactyl., 1973.

LUTUN, *La compensation en droit des procédures collectives : un cadre strict pour les uns, un espace de liberté pour les autres*, *J. C. P. éd. E.* 2003, I, 230.

MENDEGRIS, *La nature juridique de la compensation*, th. Grenoble, L. G. D. J., 1969.

MONTREDON, *La compensation de dettes connexes après le jugement déclaratif peut-elle survivre à la loi du 25 janvier 1985 ?*, *J. C. P.* 1991, I, 3480.

NDOKO, *Les mystères de la compensation*, *Rev. trim. dr. civ.* 1991, 661.

PEDAMON, *La compensation des dettes connexes*, *R. J. Com.* nov. 1992, n° spécial, 72.

PEDAMON et CARMET, *La compensation dans les procédures collectives de règlement du passif*, *D.* 1976, Chron., 123.

REIFEGERSTE, *La connexité des créances contractuelles : pour une approche juridique d'une condition originale de la compensation*, *Petites affiches* 4 avr. 2000, 6.

ROUSSILLE, *La consécration de la compensation globale par la loi N. R. E.*, *Rev. dr. banc. fin.* 2001, 311.

TERRE, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, th. Paris, L. G. D. J., 1957.

TOLEDO, *La compensation conventionnelle, contribution plus particulièrement à la recherche de la nature juridique de la compensation conventionnelle in futurum*, *Rev. trim. dr. civ.* 2000, 265.

WITZ, *La fiducie en droit français*, th. Paris II, Economica, 1980.