

De oplossing die IT Pro voorstelt is echter niet verenigbaar met de juridische en feitelijke realiteit van een procedure van gerechtelijke reorganisatie. De wetgever bepaalde immers dat – in het belang van de schuldenaar – de schuldeisers niet van het verzoek tot opening van een de reorganisatieprocedure op de hoogte worden gesteld dan – ten vroegste – enkele dagen na de opening van de procedure. Het is de schuldeiser bijgevolg niet mogelijk het bewijs te leveren volgens de criteria die IT Pro naar voren schuift.

Daarenboven geldt als referentietijdstip niet zozeer de datum van opening van de procedure, doch wel de datum van neerlegging van het verzoekschrift. Immers dient de lijst van schuldeisers op basis waarvan de rechten van de schuldeisers verder bepaald worden, reeds gevoegd te zijn aan het inleidend verzoekschrift.

De oplossing die IT Pro voorstelt getuigt evenzeer van onvoldoende contractuele goede trouw. Immers, teneinde de realisatiewaarde in going concern te bepalen is – de facto – de hulp van de schuldenaar nodig (bijvoorbeeld kunnen boekhoudstukken, waaronder de afschrijvingstabellen, bij de bepaling van de going concern waarde erg nuttig zijn). Daarbij mag de context van een procedure strekkende tot gerechtelijke reorganisatie niet uit het oog verloren worden daar dit impliceert dat verzoekster een afwijking/uitzondering nastreeft op de normale uitvoering van de overeenkomst tussen partijen.

**4.4.3.** Een marginale toetsing, op basis van de balansgegevens (waarbij – ten dele – abstractie gemaakt wordt van de afschrijvingen gezien de going concern waarde het criterium is) van IT Pro, sluit niet uit dat de stelling van Immodent gefundeerd is.

**4.4.4.** Gegeven deze vaststellingen is de rechtbank van oordeel dat de vordering van Immodent voor het bedrag van 94.433,73 € dient opgenomen te worden als buitengewone schuld vordering in de opschorting.

**5.** De betwisting gevoerd voor deze kamer heeft enkel als oogmerk om te bepalen voor welk bedrag de schuldeiser kan deelnemen aan de verrichtingen van de gerechtelijke reorganisatie. Voor aspecten van het geschil die niet vallen onder de bevoegdheid van het ondernemingsrechtbank heeft het vonnis enkel voorlopige gelding (versta: voor het stemgewicht), met andere woorden tot de natuurlijke rechter er uitspraak over gedaan heeft.  
(...)

## Note – Les créances sursitaires extraordinaires : note sous Entr. Anvers (div. Anvers), 20 décembre 2019

### Résumé

*L'inclusion des créanciers privilégiés dans la notion de créance sursitaire extraordinaire fait débat. Certains auteurs et tribunaux, à l'instar du jugement annoté, considèrent que les créances garanties par un privilège spécial sont des créances sursitaires extraordinaires puisque, selon le raisonnement adopté, les privilèges*

*spéciaux sont des sûretés réelles. Or cette assimilation est erronée et ne repose sur aucun fondement.*

*L'analyse des travaux préparatoires de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises apporte un éclairage intéressant sur l'intention réelle du législateur et sur l'origine de la confusion : avant son abrogation par la loi du 11 juillet 2013, l'article 20, 3°, de la loi hypothécaire élevait le gage au rang de privilège spécial, ce qui explique que le législateur de 2009 ait pu supprimer du projet initial la référence aux sûretés réelles, au profit des privilèges spéciaux (y compris le gage) et des hypothèques. Mais si le gage, sûreté réelle, est un privilège spécial, à l'inverse, les privilèges spéciaux ne sont pas des sûretés réelles. C'est sur ce point que le raisonnement du jugement annoté est défaillant.*

*Malheureusement, la confusion semble bien installée, au point que les auteurs du nouveau Code civil s'y sont trompés : désormais, mais au sens du livre 3 du Code civil uniquement, les sûretés réelles sont le gage, l'hypothèque, le droit de rétention et... les privilèges spéciaux. L'impact de cette définition s'étendra plus que probablement au-delà du Code civil, ce qui est regrettable.*

**1.** Le jugement annoté est l'occasion de revenir sur la notion de créance sursitaire extraordinaire au sens du droit de l'insolvabilité, en particulier de l'article 2, d), de la loi relative à la continuité des entreprises remplacé par l'article I.20, 14°, du Code de droit économique.

Après avoir brièvement examiné les faits à l'origine du litige et la question soumise au tribunal de l'entreprise d'Anvers, l'on reviendra sur la définition donnée à la notion de « créances sursitaires extraordinaires » au fil du temps, les motifs de cette évolution et ce qu'en auront déduit la doctrine et la jurisprudence. L'on terminera par quelques mots sur l'assimilation des privilèges spéciaux aux sûretés réelles et sur l'impact que risque d'avoir le nouveau Code civil sur la notion de créance sursitaire extraordinaire.

### I. La question soumise au tribunal de l'entreprise d'Anvers : la notion de créance sursitaire extraordinaire au sens du droit de l'insolvabilité

**2. Résumé des faits à l'origine du litige** – Les faits soumis au tribunal de l'entreprise d'Anvers dans le jugement annoté sont, somme toute, assez classiques : une entreprise a été admise à la procédure en réorganisation judiciaire par accord collectif et un sursis jusqu'au 1<sup>er</sup> février 2020 lui a été accordé. Le vote du plan était prévu pour le 24 janvier 2019. Un litige naît entre l'entreprise concernée et son ancienne baille-resse, dans un premier temps quant au montant de la créance de cette dernière. Ne parvenant pas à s'entendre avec l'entreprise débitrice, la baille-resse dépose

sur Regsol une requête tendant à « *entendre dire pour droit que sa créance à charge de l'entreprise débitrice soit, dans le cadre de la réorganisation judiciaire, prise en compte à hauteur de 90 066,15 € au titre de créance sursitaire* »<sup>1</sup>.

**3. Créance sursitaire ordinaire ou extraordinaire ?** – Si, au départ, les parties ne s'opposaient qu'en ce qui concerne le montant de la créance de la bailleuse, la question du caractère ordinaire ou extraordinaire de la créance, au sujet de laquelle le tribunal a invité les parties à se prononcer à l'issue des premiers débats, s'est également posée. Les parties n'avaient, en effet, manifestement pas pris position sur cette question, la requête du créancier ne visant qu'à obtenir la reconnaissance de sa créance à hauteur du montant postulé « *au titre de créance sursitaire* » sans autre précision.

Les parties se sont donc finalement opposées sur ce second élément, la bailleuse estimant, à l'inverse de l'entreprise débitrice, que sa créance revêtait le caractère de créance sursitaire extraordinaire, en raison du privilège du bailleur dont elle bénéficie en vertu de l'article 20, 1°, de la loi hypothécaire<sup>2</sup>.

L'article I.22, 14°, du Code de droit économique<sup>3</sup> définit les créances sursitaires extraordinaires comme suit : « *les créances sursitaires garanties, au moment de l'ouverture de la réorganisation judiciaire, par une sûreté réelle et les créances des créanciers-propriétaires (...)* ». Si le doute est permis, c'est que l'article 2 de la loi relative à la continuité des entreprises<sup>4</sup> avait défini les créances sursitaires extraordinaires comme « *les créances sursitaires garanties par un privilège spécial ou une hypothèque et les créances des créanciers-propriétaires* ». Dès lors, jusqu'à l'entrée en vigueur du livre XX du Code de droit économique, les créanciers privilégiés spéciaux pouvaient, sans conteste, prétendre à la qualité de créancier sursitaire extraordinaire. Cette qualité leur est désormais enlevée, suivant une lecture littérale du texte de l'article I.22, 14°, du Code de droit économique. La question fut donc soumise par les parties au Tribunal de l'entreprise d'Anvers qui, pour la seconde fois<sup>5</sup>, dut déterminer ce qu'il y a désormais lieu d'inclure dans la notion de créance sursitaire extraordinaire.

Selon le tribunal, malgré la modification évidente du texte de loi lors de la rédaction du Code de droit économique, la lecture approfondie des travaux

préparatoires ne permet pas pour autant de déduire que le législateur avait l'intention de ne plus considérer les créances bénéficiant d'un privilège spécial comme des créances sursitaires extraordinaires<sup>6</sup>.

**4. Privilège spécial et/ou sûreté réelle ?** – Le Tribunal de l'entreprise d'Anvers s'est attaché, pour fonder son raisonnement, à examiner les définitions données aux notions de « sûreté réelle » et « privilège », la première étant « *une sûreté qui confère au créancier en concours avec d'autres créanciers une préférence sur le produit du patrimoine du débiteur (ou une partie de celui-ci)* »<sup>7</sup>, alors que le second est « *une sûreté réelle octroyée au créancier en vertu de la loi et en considération de la nature de la créance, et par laquelle il se voit conférer une priorité sur le produit du patrimoine du débiteur (ou une partie de celui-ci)* »<sup>8</sup>. Selon le tribunal, les privilèges contenus aux articles 12 à 40 de la loi hypothécaire sont dès lors des sûretés réelles<sup>9</sup>. Les créances privilégiées sont en conséquence des créances sursitaires extraordinaires.

D'autre part, soulevait le tribunal, le nouvel article XX.73 du Code de droit économique a repris intégralement l'article 49/1 de la loi relative à la continuité des entreprises. Cet article interdit au débiteur de prévoir un traitement moins favorable aux créanciers publics munis d'un privilège général que celui qui est réservé aux créanciers sursitaires ordinaires les plus favorisés. Il s'en déduirait que l'intention du législateur était de n'exclure de la qualité de créanciers sursitaires extraordinaires que les créanciers munis d'un privilège général et non ceux qui bénéficiaient d'un privilège spécial.

Dès lors que, en l'espèce, le bailleur dispose d'un privilège spécial – cela n'était pas contesté – sa créance doit être considérée comme une créance sursitaire extraordinaire au sens de l'article I.22, 14°, du Code de droit économique.

## II. Retour sur l'évolution législative de la notion de « créance sursitaire extraordinaire »

**5. Introduction** – La notion de « créance sursitaire extraordinaire » au sens du droit de l'insolvabilité a été introduite avec la loi relative à la continuité des entreprises, qui définit le terme de manière expresse. La définition a été reprise dans le Code de droit économique, amputée d'un morceau, non des moindres : il n'est, à l'article I.20, 14°, de ce Code, plus

1. « *te horen zeggen voor recht dat haar schuldvordering lastens (de onderneming), voor de verrichtingen van de gerechtelijke reorganisatie van (de onderneming), zou worden opgenomen als schuldvordering in de opschorting ten belope van 90.066,15 EUR* ».  
2. Loi du 16 décembre 1851 – livre III, titre XVIII de l'ancien Code civil.  
3. Loi du 11 août 2017 portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises » dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique. (M.B., 11 septembre 2017).  
4. Loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises, M.B., 9 février 2009.  
5. Entr. Anvers (div. Anvers), 1<sup>er</sup> mars 2019, R.W., 2019-2020/10, p. 1281 ; R.D.C., 2019/3, p. 448.

6. « (...) uit de verdere lectuur van de voorbereidende werken kan niet rechtstreeks afgeleid worden dat de wetgever beoogde, als algemene reël, de bijzonder bevoorrechte schuldvorderingen niet langer te beschouwen als buitengewone schuldvordering in de opschorting ».  
7. Traduction libre.  
8. Traduction libre.  
9. Le tribunal cite F. VAN NESTE, « Zakenrecht », in *Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht*, 1990 ; E. DIRIX, « Zekerheidsrechten », in *Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht*, 5<sup>e</sup> éd., 2006, n° 220 et M.E. STORME, *Zekerheden- en insolventierecht*, parties II et s., 2018, p. 160 (il s'agit du syllabus du cours de « Zekerheden- en insolventierecht »).

fait référence aux créanciers munis d'un privilège spécial, pour une raison que les travaux préparatoires ne précisent pas et que la doctrine n'a pu expliquer de manière certaine.

**6. Le parcours de l'article 2, d), de la loi relative à la continuité des entreprises (2009)** – L'article 2.d de la loi sur la continuité des entreprises définit les créances sursitaires extraordinaires comme celles qui sont « *garanties par un privilège spécial ou une hypothèque et les créances des créanciers-propriétaires* ».

Le projet de loi visait au départ les créances garanties par une sûreté réelle, un privilège spécial et les créances des créanciers-propriétaires. Étaient donc comprises dans la notion de « *créances sursitaires extraordinaires* » celles qui sont garanties par un gage, une hypothèque, un privilège spécial ainsi que celles qui « *bénéficient d'une garantie donnée par la rétention du droit de propriété* »<sup>10</sup>. Un amendement fut déposé car son auteur craignait, essentiellement, que le texte puisse être interprété comme incluant les créanciers privilégiés généraux. Fut également soulevée la question de l'assimilation des privilèges spéciaux aux sûretés réelles et de l'éventuelle redondance que comportait le texte initial, ce qui pouvait créer la confusion. L'amendement fut justifié comme suit : « *M. Vandenberghe renvoie à la définition énoncée au d), selon laquelle les créances sursitaires extraordinaires visent les créances sursitaires garanties par une sûreté réelle ou un privilège spécial et les créances des créanciers-propriétaires. L'intervenant se réfère également aux développements qui ne sont pas tout à fait clairs sur ce point. Il réitère l'observation qu'il avait déjà formulée au cours de la discussion générale, à savoir qu'un privilège spécial est une sûreté réelle (nous soulignons). Si le but de cette disposition est d'exclure les privilèges généraux du fisc et de la sécurité sociale, il y a lieu de le mentionner explicitement. La portée de la définition précitée n'est pas claire. Elle est pourtant d'une importance capitale, compte tenu de la volonté de classer les créances dans un certain ordre pour la continuité de l'entreprise* »<sup>11</sup>.

Les auteurs du projet, prenant acte du risque de confusion, ont dès lors proposé de supprimer du texte initial la notion de sûreté réelle, puisque « *l'on vise (...) tous les éléments qui sont garantis par un privilège spécial* »<sup>12</sup>. Il fut donc proposé de rédiger l'article 2, d), tel qu'il a finalement été adopté.

Aucun commentateur ne s'est toutefois ému de l'assimilation des privilèges spéciaux aux sûretés réelles.

**7. L'article 20, 3°, de la loi hypothécaire** – Bien que l'on puisse s'interroger sur sa capacité à éviter la confusion, la proposition de modification qui a fait suite à l'amendement n° 38 était tout à fait cohérente. En effet, il fallait viser, sous la définition de « *créances sursitaires extraordinaires* » :

- les créances garanties par un privilège spécial au sens de l'article 20 de la loi hypothécaire ;
- les créances garanties par une sûreté réelle, à savoir un gage ou une hypothèque ;
- les créances des créanciers propriétaires.

Or, au moment de l'adoption de la loi relative à la continuité des entreprises, l'article 20, 3°, de la loi hypothécaire conférait au créancier gagiste un privilège mobilier spécial. Le texte disposait en effet que « *les créances privilégiées sur certains meubles sont (...) : la créance, sur le gage dont le créancier est saisi* ». L'on pouvait donc se passer de la référence aux sûretés réelles, spécialement si elle était de nature à créer une potentielle confusion, puisque le créancier gagiste était titulaire d'un privilège spécial au sens de l'article 20 de la loi hypothécaire, à la condition toutefois d'y ajouter les créanciers hypothécaires qui ne sont pas, eux, titulaires d'un privilège spécial au sens de l'article 20 de la loi hypothécaire<sup>13</sup>. Le texte définitif visait donc, logiquement, les créances garanties par un privilège spécial, en ce compris le gage, les créances garanties par une hypothèque et les créances des créanciers-propriétaires.

**8. La loi sur les sûretés mobilières et ses conséquences sur la loi hypothécaire (2013 et 2016)** – L'article 100 de la loi du 11 juillet 2013 modifiant le Code civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières et abrogeant diverses dispositions en cette matière a abrogé l'article 20, 3°, de la loi hypothécaire. Le gage n'est désormais plus un privilège spécial.

En effet, selon les travaux préparatoires de la loi du 25 décembre 2016, la modification fut justifiée dans la mesure où « *le gage est – comme l'est d'ailleurs l'hypothèque – plus qu'un simple privilège. Il confère en effet également d'autres droits* ». Cependant, force fut de constater que « *de nombreuses autres dispositions légales mentionnent toutefois des créanciers 'privilégiés'. Conformément à l'ancien article 20, 3°, de la loi hypothécaire, cela englobait naturellement toujours les créanciers gagistes. Tel est le cas actuellement puisque le gage octroie au créancier un droit préférentiel analogue à un privilège et que ce droit répond à la notion de 'privilège' telle qu'elle est définie à l'article 12 de la loi hypothécaire. L'ajout à l'article 1<sup>er</sup> vise à dissiper tout doute à cet égard* »<sup>14</sup>.

10. Doc. parl., Chambre, n° 52-160/001, p. 9 : « *Deux types de créances sont visées : les créances sursitaires ordinaires et les créances sursitaires extraordinaires. Ces dernières, qui bénéficient d'un traitement particulier, sont les créances garanties par une sûreté réelle, c'est-à-dire un gage ou une hypothèque, ou bénéficient d'une garantie donnée par la rétention du droit de propriété ou par le biais d'un privilège spécial. Les créances de l'administration des impôts sont également qualifiées comme créances sursitaires extraordinaires* ».

11. Doc. parl., Sénat, n° 4-995/3, p. 20.

12. Doc. parl., Sénat, n° 4-995/3, p. 21.

13. « *M. Verougstraete objecte qu'un problème risque alors de se poser pour les hypothèques. L'hypothèque fait partie des créances extraordinaires. Mais les privilèges généraux sont exclus des créances extraordinaires* » (Doc. parl., Sénat, n° 4-995/3, p. 22).

14. Doc. parl., Chambre, 54-2138/001, p. 7.

L'article 1<sup>er</sup> du titre XVII du livre III de l'ancien Code civil s'est donc vu ajouter l'alinéa suivant : « *Ce droit de préférence a la valeur d'un privilège tel que visé à l'article 12 de la loi hypothécaire* »<sup>15</sup>.

Logiquement, la notion de « privilège spécial » au sens de la loi relative à la continuité des entreprises a continué à englober le gage, au titre de sûreté réelle.

**9. Le Code de droit économique (2017)** – Dans le Code de droit économique les créances sursitaires extraordinaires sont devenues les « *créances sursitaires garanties, au moment de l'ouverture de la réorganisation judiciaire, par une sûreté réelle et les créances des créanciers propriétaires (...)* »<sup>16</sup>. Selon I. Verougstraete, « *cette définition est destinée à mettre fin aux incertitudes nées de la jurisprudence* »<sup>17</sup>. Il est sans doute fait référence à l'arrêt de la Cour de cassation du 12 février 2015, qui a considéré, contrairement à ce que précisera ensuite le nouvel article I.20, 14°, du Code de droit économique, que le caractère extraordinaire n'est pas limité à la « *valeur de réalisation de l'assiette du privilège spécial ou de l'hypothèque qui le garantit* »<sup>18</sup>.

Rien n'explique donc la suppression des privilèges spéciaux de la définition de créanciers sursitaires extraordinaires. La doctrine ainsi que les cours et tribunaux se sont dès lors attachés à tirer les conséquences de cette modification.

### III. Les questions soulevées par la nouvelle définition de « créance sursitaire extraordinaire »

**10. Introduction** – La doctrine a été bien en peine d'expliquer les raisons pour lesquelles les privilèges spéciaux ne sont pas expressément visés par l'article I.22, 14°, du Code de droit économique, alors qu'ils l'étaient dans la loi relative à la continuité des entreprises : s'agit-il d'un oubli du législateur ? Le cas échéant, faut-il le pallier ? A défaut, est-ce à dire que les privilèges spéciaux ne sont pas des créances sursitaires extraordinaires ? Ou est-ce à dire que les privilèges spéciaux sont des sûretés réelles et par conséquent, des créances sursitaires extraordinaires ? Est-il, enfin, opportun d'inclure les privilèges spéciaux dans la définition de créances sursitaires extraordinaires ?

**11. Première option : l'oubli du législateur** – Certains commentateurs des nouvelles dispositions du livre XX du Code de droit économique ont, juste après son entrée en vigueur, considéré que l'absence de mention des privilèges spéciaux dans la définition donnée à la notion de « créances sursitaires extraordinaires » résultait d'un oubli du législateur et ferait (ou devrait faire) l'objet d'une loi de correction<sup>19</sup>. Force est de constater qu'une telle correction n'est, à ce stade du moins, pas encore intervenue. Tout critiquable qu'il soit, il n'appartient pas aux cours et tribunaux de corriger l'oubli du législateur. Ainsi que l'a relevé très justement la Cour d'appel de Bruxelles, « *le texte de la loi actuelle est clair et (...) il n'appartient pas au juge de le modifier et ce (...) nonobstant le fait que certains observateurs se sont étonnés de cette évolution de la notion de créances sursitaires extraordinaires dans le CDE, y ont vu une possible distraction du législateur ou en souhaitent la modification* »<sup>20</sup>.

Selon cette première option, les privilèges spéciaux sont exclus de la définition des créances sursitaires extraordinaires, certes par erreur, et ne peuvent y être assimilés.

**12. Deuxième option : le choix du législateur d'exclure les privilèges spéciaux** – D'autres auteurs voient, en revanche, dans la suppression des privilèges spéciaux de la définition une décision délibérée du législateur et considèrent que sont désormais seuls visés les créanciers titulaires d'un gage ou d'une hypothèque ainsi que les créanciers-propriétaires<sup>21</sup>, sur base d'une interprétation littérale de l'article I.20, 14°, du Code de droit économique et d'une interprétation stricte de la notion de « sûreté réelle ». Plusieurs arguments sont avancés.

Tout d'abord, l'exclusion des créanciers privilégiés spéciaux est opportune, dès lors notamment que : « *le concept même de privilège est inopérant en l'absence de concours. Il ne peut dès lors produire d'effet lors du dépôt d'une requête en réorganisation judiciaire, qui n'emporte pas les conséquences caractéristiques d'un concours* »<sup>22</sup>. Ensuite, par référence à l'article XX.41,

15. Article 2 de la loi du 25 décembre 2016 modifiant diverses dispositions relatives aux sûretés réelles mobilières.

16. Art. I.22, 14°, C.D.E.

17. I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de l'insolvabilité de l'entreprise*, Liège, Kluwer, 2019, p. 25, n° 22.

18. Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 12 février 2015, A.R. C.14.0331.F, *Jardico, Bureau d'Assurances et de Financement/CBC Banque, BNP Paribas Fortis, D.A.O.R.*, 2016, n° 118, 60, avec note J. VAN BEERS, « De buitengewone schuldeiser in de WCO (on)beperkte voorkeursbehandeling? », *J.T.*, 2015, éd. 6609, 501, avec note Z. PLETINCKX, « L'incidence de la valeur de réalisation de l'assiette du privilège spécial ou de l'hypothèque sur le caractère extraordinaire d'une créance sursitaire », *J.L.M.B.*, 2015, n° 30, 1421 ; *R.D.C.*, 2015, n° 5, 479 (résumé A. VAN HOE) et *R.D.C.*, 2016, n° 3, 210, avec note C. LEUNEN, « Wat is de waarde van een buitengewone schuldvoordering in de opschorting? », *C.C.*, 6 octobre 2016, n° 124/2016 (question préjudicielle) (*M.B.*, 14 novembre 2016, p. 75.370, éd. 2) ; *N.J.W.*, 2017, 355, 68, avec note C. CLAEYS, « Begrip buitengewone schuldvoordering » et *R.W.*, 2016-2017, 520 (résumé).

19. N. OUCHINSKY, « Analyse des nouveaux moyens d'action des créanciers dans le cadre d'une procédure de réorganisation judiciaire. Questions choisies », in A. DESPONTIN (ed.), *La réforme du droit de l'insolvabilité et ses conséquences (sur les avocats) : une (r)évolution*, Conférence du Jeune

Barreau, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 77-78 ; J.F. GOFFIN, « Le plan de réorganisation par accord collectif sous le régime du Livre XX du Code de droit économique » in A. ZENNER (ed.), *Le droit de l'insolvabilité : analyse panoramique de la réforme*, Limal, Anthemis, 2018, n° 6, p. 318.

20. Bruxelles, 8 mai 2020, *J.L.M.B.*, 2020, p. 1409.

21. M. VANMEENEN et S. JACMAIN, « La procédure de réorganisation judiciaire : something old, something new, something borrowed, something blue », *R.D.C.*, 2018, n° 4, p. 238-239 ; S. JACMAIN, C. GRÉGOIRE, F. CASPAR, L. MAISTRIAUX, A. DE BROUCHOVEN DE BERGEYCK et Z. LEDENT, « Chronique. Droit de l'insolvabilité 2020-2021 », *Rev. prat. soc./T.R.V.*, 2021/6, p. 630, spéc. note infrapaginale n° 22 ; Z. PLETINCKX, « Réforme du droit de l'insolvabilité : le nouveau livre XX du Code de droit économique », *J.T.*, 2018, pp. 473-474, n° 35 ; C. ALTER et Z. PLETINCKX, *Insolvabilité des entreprises – Dépistage, mesures préventives et procédures de réorganisation judiciaire*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 160-161, n° 133 ; I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de l'insolvabilité de l'entreprise*, Liège, Kluwer, 2019, p. 25, n° 22.

22. M. GREGOIRE, « Lecture conjointe des réformes relatives aux sûretés réelles mobilières et aux procédures collectives d'insolvabilité », in C. ALTER (ed.), *Le nouveau Livre XX du Code de droit économique consacré à l'insolvabilité des entreprises*, Bruxelles, Larcier, 2018, 71.

§ 2, 7°, du Code de droit économique en vertu duquel le débiteur doit mentionner, sur la liste de ses créanciers sursitaires, « *la qualité de créancier sursitaire extraordinaire et (le) bien grevé d'une sûreté réelle mobilière ou d'une hypothèque ou propriété de ce créancier* », dont il résulte que « *l'omission du terme privilège spécial et la référence expresse aux sûretés réelles mobilières implique que le législateur a manifestement visé uniquement celles énoncées par la LSRM* »<sup>23</sup>. Enfin, par référence à l'article XX.121 du Code de droit économique qui fait référence, cette fois, tant aux privilèges spéciaux sur meubles qu'aux sûretés réelles, ce qui démontre « *que le législateur a bien pris en compte la différence conceptuelle qui distingue ces deux notions* »<sup>24</sup>.

Qu'elle résulte d'un oubli ou qu'elle soit volontaire, selon ces deux premières thèses l'omission des termes « privilèges spéciaux » dans le Code de droit économique a pour conséquence que les créances sursitaires extraordinaires ne sont plus que celles qui sont garanties par un gage ou une hypothèque, ainsi que les créances des créanciers-proprétaires.

**13. Troisième option : les privilèges spéciaux sont des sûretés réelles** – Selon une troisième opinion, qui est celle adoptée dans le jugement annoté, l'omission des privilèges spéciaux dans le texte de l'article I.22, 14°, du Code de droit économique est volontaire et résulte de la définition de la notion de sûreté réelle. Il n'y avait pas lieu d'ajouter dans la définition des créances sursitaires extraordinaires les privilèges spéciaux aux côtés des sûretés réelles, les premiers étant inclus dans les seconds. Cette position est, comme la thèse inverse, confirmée par référence à d'autres dispositions du Code de droit économique : l'article XX.73 qui interdit au débiteur de prévoir un traitement moins favorable aux créanciers publics munis d'un privilège général que celui qui est réservé aux créanciers sursitaires ordinaires les plus favorisés. Dès lors que, aux termes de cet article, le législateur n'a opposé aux autres créanciers sursitaires ordinaires que les créanciers munis d'un privilège général et non ceux qui sont munis d'un privilège spécial, ces derniers doivent être considérés comme des créanciers sursitaires extraordinaires.

La décision annotée n'est pas tout à fait isolée, du moins dans la jurisprudence néerlandophone : le même tribunal s'était prononcé de la même manière quelques mois auparavant<sup>25</sup>. Le tribunal de l'entreprise de Gand a statué dans un sens identique dans deux jugements de 2020<sup>26</sup>, soulignant l'« *attention limitée* » portée par le législateur à la reformulation de la définition, dont il déduit qu'il ne s'agissait que d'adopter une formulation plus adaptée<sup>27</sup>.

Cette thèse est également soutenue par une certaine doctrine, plutôt néerlandophone<sup>28</sup>. A. Zenner ajoute que le privilège du bailleur est, compte tenu de sa nature et des prérogatives qu'il confère à son titulaire, assimilé à un gage. Selon lui, « *l'exclusion du bailleur du périmètre des créanciers sursitaires extraordinaires serait d'autant moins justifiée que son privilège est assimilé à un gage* »<sup>29</sup>.

Un jugement du Tribunal de l'entreprise de Liège (div. Namur) est aussi souvent épinglé. Il fut en effet décidé que : « *la cession de créance à titre de garantie est une sûreté réelle et doit être assimilée à un gage. Le bénéficiaire d'une telle cession est un créancier sursitaire extraordinaire, dans les limites fixées par l'article I.22, 14° CDE* »<sup>30</sup>. Le raisonnement adopté par le Tribunal de l'entreprise de Liège est effectivement similaire à celui de A. Zenner, puisqu'il repose sur le lien entre la cession de créance à titre de garantie et le gage. Toutefois, il n'est pas question ici de privilège spécial<sup>31</sup>.

**14. L'opportunité de qualifier les créances garanties par un privilège spécial de créances sursitaires extraordinaires ?** – Qu'il soit volontaire ou non, le changement soulève dans tous les cas la question de l'opportunité de conférer ou non aux créances garanties par des privilèges spéciaux la qualité de créances sursitaires extraordinaires.

Selon les uns, l'exclusion des privilèges spéciaux se justifie, parce que le privilège « *n'a vocation à produire ses effets sur l'assiette de la créance garantie qu'à la naissance d'un concours, tel qu'une faillite ou une liquidation. (...) Un privilège ne peut, par conséquent, produire d'effet lors du dépôt d'une*

23. F. GEORGE et N. OUCHINSKY, « Le nouveau livre 3 du Code civil : ceci n'est pas une sûreté réelle... », *J.T.*, 2022/5, p. 69 n° 18, p. 75 ; en ce sens également M. VANMEENEN et S. JACMAIN, « La procédure de réorganisation judiciaire : something old, something new, something borrowed, something blue », *R.D.C.*, 2018, n° 4, p. 238-239.  
24. F. GEORGE et N. OUCHINSKY, « Le nouveau livre 3 du Code civil : ceci n'est pas une sûreté réelle... », *J.T.*, 2022/5, n° 18, p. 75.  
25. Entr. Anvers (div. Anvers), 1<sup>er</sup> mars 2019, *R.W.*, 2019-2020/10, p. 1281 ; *R.D.C.*, 2019/3, p. 448.  
26. Entr. Gand (div. Gand), 1<sup>er</sup> septembre 2020, et Entr. Gand (div. Gand), 13 novembre 2020, cités par S. JACMAIN, C. GRÉGOIRE, F. CASPAR, L. MAISTRIAUX, A. DE BROUCHOVEN DE BERGEYCK et Z. LEDENT, « Chronique. Droit de l'insolvabilité 2020-2021 », *Rev. prat. soc./T.R.V.*, 2021/6, p. 630.  
27. S. JACMAIN, C. GRÉGOIRE, F. CASPAR, L. MAISTRIAUX, A. DE BROUCHOVEN DE BERGEYCK et Z. LEDENT, « Chronique. Droit de l'insolvabilité 2020-2021 », *Rev. prat. soc./T.R.V.*, 2021/6, p. 630, spéc. note infrapaginale n° 25.  
28. M.E. STORME et C. VAN DEN BROECK, « De gevolgen van een reorganisatie- en faillissementsprocedure op de verhaalsmogelijkheden van de

betrokken schuldeisers », in J. DERAMMEALERE (ed.), *Ondernemingen in moeilijkheden*, Anvers, Intersentia, 2019, p. 244, n° 136 ; A. ZENNER, « Cinquante nuances de gris dans le droit de l'insolvabilité. Dictionnaire raisonné des controverses d'interprétation subsistantes ou nouvelles », *R.D.C.*, 2020, p. 299 ; A. ZENNER, *Traité du droit de l'insolvabilité*, Limal, Anthémis, 2019, pp. 341-343 ; F. DE LEO, « Definiëring (buiten)gewoneschuldvorderingen in de opschorting (of hoe het heden het verleden is) », *R.D.C.*, 2019, p. 1220-1222, n° 17.  
29. A. ZENNER, « Cinquante nuances de gris dans le droit de l'insolvabilité. Dictionnaire raisonné des controverses d'interprétation subsistantes ou nouvelles », *R.D.C.*, 2020, p. 299 ; A. ZENNER, *Traité du droit de l'insolvabilité*, Limal, Anthémis, 2019, pp. 341-343.  
30. Entr. Liège (div. Namur), 26 mars 2019, *R.D.C.*, 2019, p. 1283.  
31. Outre que la cession fiduciaire à titre de sûreté « *confère uniquement au cessionnaire un gage sur la créance cédée* » - article 62 du livre III, titre XVII de l'ancien Code civil.

requête en réorganisation judiciaire ou de l'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire qui n'emportant pas les conséquences caractéristiques du concours »<sup>32 33</sup>. Mais certains privilèges spéciaux « rappellent la technique du gage » et produisent des effets avant même la naissance du concours : c'est le cas du privilège du bailleur, de l'hôtelier ou du transporteur. Dès lors, selon d'autres auteurs « les créances garanties par un privilège spécial devraient, par conséquent, être réintégrées dans la notion de créance sursitaire extraordinaire avec les mêmes limites que celles prévues à l'article I.22, 14°, CDE, pour les créances garanties par une sûreté réelle »<sup>34</sup>.

Plus fondamentalement, l'opportunité éventuelle d'inclure les privilèges spéciaux dans la définition de créances sursitaires extraordinaires en droit de l'insolvabilité ne nous paraît toutefois pas justifier l'assimilation de ces privilèges spéciaux à la notion de sûreté réelle. Outre qu'une telle assimilation n'est pas souhaitable pour des raisons de sécurité juridique<sup>35</sup> et qu'il faudrait recourir à la notion de « cause légitime de préférence » reprise dans le désormais ancien article 8 de la loi hypothécaire, elle ne nous paraît pas trouver de fondement. Le législateur de 2009 ne s'y est pas trompé à l'occasion de l'adoption de la loi relative à la continuité des entreprises, quoique l'on regrette que l'amalgame<sup>36</sup> opéré par l'auteur de l'amendement n° 38 n'ait pas été corrigé.

#### IV. Les privilèges spéciaux ne sont pas des sûretés réelles

**15. L'exclusion des créanciers privilégiés généraux –** Ainsi qu'évoqué ci-dessus, les auteurs de la loi relative à la continuité des entreprises souhaitaient en tout cas exclure de la notion de créance sursitaire extraordinaire les créances garanties par un privilège général, ce qui a été confirmé à l'occasion des discussions relatives à l'amendement n° 38 à l'origine de la suppression de la référence aux sûretés réelles.

**16. Le gage est (a été<sup>37</sup>) un privilège spécial, mais le privilège spécial n'est pas une sûreté réelle –** A l'occasion de ces discussions, l'auteur de l'amendement a fait observer, sans que cela ne soit l'enjeu du débat, qu'« un privilège spécial est une sûreté réelle »<sup>38</sup>, de sorte qu'il faudrait supprimer la référence aux sûretés réelles<sup>39</sup>. Mais l'affirmation selon laquelle le privilège spécial est une sûreté réelle est incorrecte. Elle

ne trouve en réalité aucun fondement. Si, au sens de l'ancien article 20, 3°, de la loi hypothécaire, le gage est considéré comme un privilège spécial sur meuble, l'inverse n'est pas pour autant vrai : les privilèges spéciaux ne sont pas des sûretés réelles<sup>40</sup>.

L'auteur de l'amendement a d'ailleurs proposé de supprimer la référence aux sûretés réelles, plutôt que la référence aux privilèges, ce qui est tout à fait correct, s'il fallait tenir compte de l'article 20, 3°, de la loi hypothécaire tel qu'il existait au moment des travaux préparatoires. C'est également à juste titre, que « *M. Verougstraete (a objecté) qu'un problème risque alors de se poser pour les hypothèques* »<sup>41</sup>, puisque la seule référence aux privilèges spéciaux ne permettait d'inclure que le gage, mais non l'hypothèque.

#### 17. Confusion dans le Code de droit économique ?

**Non !** – Ainsi qu'exposé ci-dessus, il n'est établi avec certitude ni que le législateur aurait décidé d'assimiler les privilèges spéciaux aux sûretés réelles, ni à l'inverse qu'il aurait souhaité dénier la qualité de créance sursitaire extraordinaire aux créanciers munis d'un privilège spécial.

Il résulte de la lecture de l'ancien article 20, 3°, de la loi hypothécaire et des travaux préparatoires de la loi relative à la continuité des entreprises que (1) le gage est (était, avant l'abrogation de l'article 20, 3°, de la loi hypothécaire<sup>42</sup>) un privilège spécial au sens de l'article 20 de la loi hypothécaire, que (2) les sûretés réelles sont (étaient, avant l'adoption de la loi relative aux sûretés réelles mobilières) le gage et l'hypothèque et que (3) sont donc des créances sursitaires extraordinaires, celles qui sont garanties par un privilège spécial, y compris le gage d'une part et les hypothèques d'autre part.

Il ne nous semble en revanche pas résulter de l'article I.20, 14°, du Code de droit économique que les sûretés réelles mobilières sont le gage *et* les privilèges spéciaux (même uniquement ceux qui sont basés sur une idée de gage), puisqu'il n'existe aucune disposition légale en ce sens. Sont donc des créances sursitaires extraordinaires, en l'état actuel du Code de droit économique, les créances garanties par une sûreté réelle, à savoir le gage et l'hypothèque, ainsi que les créances des créanciers-propriétaires.

32. F. GEORGE et N. OUCHINSKY, « Le nouveau livre 3 du Code civil : ceci n'est pas une sûreté réelle... », *J.T.*, 2022 /5, n° 18, p. 75.

33. M. GREGOIRE, « Lecture conjointe des réformes relatives aux sûretés réelles mobilières et aux procédures collectives d'insolvabilité », in C. ALTER (ed.), *Le nouveau Livre XX du Code de droit économique consacré à l'insolvabilité des entreprises*, Bruxelles, Larcier, 2018, 71.

34. C. Alter, « § 1. – Les nouvelles définitions relatives aux créanciers sursitaires » in *Le nouveau droit de l'insolvabilité*, 1<sup>re</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2017, p. 63, n° 25.

35. Voir F. GEORGE et N. OUCHINSKY, « Le nouveau livre 3 du Code civil : ceci n'est pas une sûreté réelle... », *J.T.*, 2022 /5, n° 15 et s., p. 73 et s.

36. F. GEORGE et N. OUCHINSKY, « Le nouveau livre 3 du Code civil : ceci n'est pas une sûreté réelle... », *J.T.*, 2022 /5, n° 16, p. 74.

37. Puisque l'article 20, 3°, de la loi hypothécaire a été abrogé par l'article 100 de la loi du 11 juillet 2013, voir *supra* n° 8.

38. *Doc. parl.*, Sénat, n° 4-995/3, p. 20.

39. *Ibid.* p. 22.

40. Ils sont, en revanche, tous les deux des « causes légitimes de préférence », conformément aux anciens articles 8 et 9 de la loi hypothécaire (voir M. GREGOIRE, *Publicité foncière, sûretés réelles et privilèges*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 228, n° 504).

41. *Ibid.* p. 22.

42. Par l'article 100 de la loi du 11 juillet 2013, voir *supra* n° 8.

**18. Le retour de la confusion avec le livre 3 du Code civil ? Certainement !** – L'entrée en vigueur du livre 3 du Code civil relance le débat. En effet, l'alinéa 4 de l'article 3.3 du Code civil dispose désormais que « *les sûretés réelles, au sens du présent Livre, sont les privilèges spéciaux, le gage, l'hypothèque et le droit de rétention* ». Au sens du livre 3 du Code civil uniquement, les privilèges spéciaux sont des sûretés réelles. Au-delà des critiques que l'on peut formuler à l'encontre de la décision du législateur de prévoir, dans le cadre d'une réforme de l'ampleur de celle du Code civil, des définitions qui ne s'appliqueront qu'à une partie du Code plutôt qu'à l'intégralité de celui-ci voire au-delà, alors que le terme n'est pas utilisé dans le livre concerné autrement que pour sa définition<sup>43</sup>, cet ajout ne sera certainement pas sans conséquence.

Certains y verront la confirmation que les privilèges spéciaux sont des sûretés réelles de sorte que les créances garanties par un privilège spécial sont bien des créances sursitaires extraordinaires, comme elles l'étaient sous l'empire de la loi relative à la continuité des entreprises. D'autres déduiront de la précision par le législateur que la définition ne s'applique qu'au livre 3 du Code civil que l'assimilation des privilèges spéciaux aux sûretés réelles ne s'étend pas au Code de droit économique, de sorte que les créances garanties par un privilège spécial ne sont pas des créances sursitaires extraordinaires.

## V. Conclusion

**19.** La question de savoir ce qu'il y a lieu d'inclure dans la notion de créances sursitaires extraordinaires, en particulier si celles qui sont garanties par un privilège spécial au sens de l'article 20 de la loi hypothécaire revêtent cette qualité, n'est toujours pas résolue. Deux thèses principales s'affrontent : selon les uns, les privilèges spéciaux sont des sûretés réelles, de sorte qu'ils sont également visés par l'article I.20, 14°, du Code de droit économique. Selon les autres, le législateur n'a pas entendu étendre la notion de sûretés réelles aux privilèges spéciaux de sorte que leur assimilation n'est pas permise. Ajoutons qu'une telle assimilation ne repose sur aucun fondement légal et l'amalgame résulte peut-être de l'ancien article 20, 3°, de la loi hypothécaire. Dès lors, l'article I.20, 14°, du Code de droit économique ne vise pas les créances garanties par un privilège spécial.

Le débat n'était clos, ni en doctrine, ni en jurisprudence. L'entrée en vigueur du livre 3 du Code civil qui inclut les privilèges spéciaux dans la définition de sûretés réelles, mais au sens de ce livre 3 uniquement, ne contribuera pas à y mettre un terme.

Emilie VANHOVE

Assistante à la faculté de droit et de criminologie de l'UCLouvain

43. Nous renvoyons à ce sujet à la contribution de F. GEORGE et N. OUCHINSKY : F. GEORGE et N. OUCHINSKY, « Le nouveau livre 3 du Code civil : ceci n'est pas une sûreté réelle... », *J.T.*, 2022 / 5, n° 15 et s., p. 73 et s.