

Troisième partie : ETUDE DE PISTES D'AMELIORATION DE LA SITUATION DES CREANCIERS CHIROGRAPHAIRES DANS LE CONCOURS DECOULANT DE LA FAILLITE OU LIQUIDATION DES BIENS

Chapitre liminaire : POSITION DU PROBLEME ET JUSTIFICATION DE L'ETUDE

Nos considérations précédentes montrent que les prérogatives et avantages personnels des différents créanciers du débiteur défaillant les placent dans un rapport des forces inégalitaire en cas de faillite ou liquidation des biens : les créanciers bénéficiaires de garanties circonstanciées d'abord, qui, lorsque leur opposabilité est admise, peuvent échapper au concours né de ces procédures ; les créanciers de la masse ensuite, qui, lorsqu'ils ont traité avec les curateurs ou syndics dans l'exercice de leur mandat, jouissent, au moment de la répartition de l'actif, d'un paiement souvent prioritaire ; les multiples créanciers titulaires de causes légitimes de préférence enfin, qui échappent à la répartition égalitaire en cas de concours.

A côté d'eux, les créanciers chirographaires qui, ne bénéficiant d'aucune garantie particulière, doivent se contenter d'un dividende dérisoire proportionnel à leur créance. Ils se trouvent en tout cas, malheureusement dans une procédure essentiellement organisée à leur profit dans une perspective égalitaire, dans une situation peu enviable au moment de la répartition de l'actif.

A leur égard, il n'y a plus des paiements. Ils seront, a-t-on vu, le plus souvent impossibles, car l'entreprise parvient à la procédure économiquement exsangue ou juridiquement dépecée : les biens mobiliers et immobiliers font l'objet des garanties d'une part et, de l'autre, le résultat, souvent minime, des inopposabilités de la période suspecte est absorbé avant de parvenir aux créanciers¹.

¹ Dans ce sens, J. DEVEZE, « Le paiement des créanciers », *La situation des créanciers d'une entreprise en difficulté*, Paris, Montchrestien, 1998, p. 35.

Cette triste réalité est évidemment vécue douloureusement par les créanciers chirographaires surtout quand on sait que le seul point commun à tous les créanciers est la volonté d'obtenir paiement ou, plus exactement, satisfaction par l'exécution de l'obligation du débiteur ou un moyen équivalent, peu important d'ailleurs que la créance ne soit pas éteinte mais transmise au *solvens*².

Les créanciers chirographaires sont donc, on vient de le voir, les premières victimes de la procédure d'ordre en vigueur en droit belge et en droit uniforme de l'OHADA. Ce n'est d'ailleurs pas l'enjeu pratique de l'ordre de priorité qui nous contredira : les créanciers de rang inférieur, que sont les chirographaires, n'étant payés qu'une fois les créanciers de rang supérieur intégralement remboursés, lorsque les actifs sont insuffisants, ce qui est souvent le cas, ils ne reçoivent rien ou presque rien³.

Et pourtant, rien ne justifie, à notre avis, que le recours de plus en plus fréquent aux mécanismes conventionnels permettant d'échapper au concours, la priorité de paiement souvent reconnue aux créanciers de la masse, qui peuvent être nombreux selon la taille de la faillite et les travaux que son administration commande, et l'efflorescence des causes légitimes de préférence, notamment les privilèges, aillent jusqu'à priver les créanciers chirographaires de tout dividende. Pareil sacrifice se révèle injuste et inéquitable, voire disproportionné. A quoi bon, se demande-t-on⁴, prétendre protéger les créanciers chirographaires et proclamer que l'égalité est l'âme des faillites si le curateur n'est plus qu'un répartiteur des créances privilégiées ?

Il n'est, en outre, pas superflu de se demander si leur règlement n'est pas économiquement souhaitable pour l'économie nationale notamment, dans la mesure où leur sacrifice constitue une perte sèche : qu'elle soit abandonnée à la charge de chaque créancier, ou répartie sur la collectivité par l'intermédiaire du budget de l'Etat, des banques, la perte est une ponction sur la richesse nationale, plus ou moins douloureuse mais à coup sûr génératrice d'une réduction des revenus et des investissements et d'un accroissement du chômage⁵.

² V. DEVEZE, « Le paiement des créanciers », *loc. cit.*, p. 36.

³ V. D. BORCAN, « Les nouvelles procédures collectives d'apurement du passif en Europe centrale. De l'inspiration allemande, américaine et française et des tendances fortes des règles régissant ces procédures », www.juriscope.org, 2003, p. 18.

⁴ V. M. BELLAMY, « Malaise et déséquilibre du droit du crédit en France », *JCP*, 1974, I, n° 2650, 3.

⁵ V. G. BOLARD, « Principes d'un nouveau droit des faillites », *loc. cit.*, p. 179.

Un équilibre des intérêts serait donc souhaitable en la matière. Et c'est au droit des faillites d'y procéder, car il est de la nature de ce dernier de répartir les sacrifices, et d'assurer l'équilibre des intérêts. C'est une exigence morale, dit-on, mais c'est aussi une condition d'efficacité⁶. L'entreprise n'est-elle pas, en effet, le creuset où s'allient des intérêts divers, dont la collaboration est nécessaire à sa prospérité et à sa survie et qui tous exigent, le sinistre survenu, au moins la sécurité de l'avenir? Il serait, estime-t-on à juste titre, absurde, et certainement dommageable, d'organiser une procédure collective en fonction d'une partie seulement des intérêts qui y sont impliqués⁷.

Il s'avère, en définitive, que la restauration du crédit chirographaire dans la procédure de faillite ou liquidation des biens non seulement n'est pas superflue, mais aussi constitue une tâche incombant au législateur car, ainsi que l'observait fort pertinemment un éminent auteur⁸, « quel que soit le nom dont on baptise une procédure de concours, faillite, liquidation judiciaire, règlement judiciaire ou liquidation des biens, le test essentiel pour juger le législateur responsable de l'institution est le dividende qui revient à la piétaille des créanciers rassemblés à l'intérieur de la masse, sous la bannière de l'égalité ». Or, nos développements antérieurs montrent bien que l'ouverture d'une procédure de faillite ou de liquidation des biens sonne le glas des créanciers chirographaires aussi bien en droit belge qu'en droit uniforme OHADA et que rien n'a été véritablement entrepris pour améliorer cette situation que d'aucuns déplorent.

Il faut reconnaître néanmoins que la tâche n'est pas aisée pour le législateur. L'arbitrage qu'il est appelé à rendre ne peut être, dans bien de cas, que fragile, provisoire et menacé par l'ingéniosité de la pratique⁹. Peut-il en être autrement en droit des sûretés réelles où l'effervescence y observée ne peut étonner personne quand on sait que sa finalité même le

⁶ V. G. BOLARD, « Principes d'un nouveau droit des faillites », *loc. cit.*, p. 179. On peut lire aussi, Fr. T'KINT et Werner DERIJCKE, « Sûretés et procédures collectives : étude de droit comparé. Les créanciers hypothécaires et gagiste comme « séparatistes » en droit néerlandais vs. L'approche française », *Faillite et concordat judiciaire : un droit aux contours incertains et aux interférences multiples*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 542, qui notent que « le droit de la faillite », ainsi que, sans doute, plus généralement celui de l'ensemble des procédures d'insolvabilité, « porte essentiellement sur la question de savoir comment répartir le mal que cause une faillite parmi les créanciers concernés ».

⁷ V. G. BOLARD, « Principes d'un nouveau droit des faillites », *ibid.*, p. 179.

⁸ LAGARDE, *Actualités du droit de l'entreprise*, 1968, Fac. Droit Montpellier, p. 81, cité par F. DERRIDA, « Vers la sécurité sociale des salaires ? Commentaire de la loi du 27 décembre 1973 tendant à assurer, en cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens, le paiement des créances résultant d'un contrat de travail », *loc. cit.*, I, p. 133.

⁹ M. CABRILLAC, « Les sûretés réelles entre vins nouveaux et vieilles outres », *Etudes offertes à Pierre CATALA*, Paris, éd. LITEC, 2001, p. 709.

voue à une instabilité chronique : visant à soustraire certains créanciers à la loi du concours, à opérer un classement entre eux, il est le lieu d'une tension constante, le champ de surenchères qui ne peuvent connaître de répit ; les catégories de créanciers les moins bien traités ne cessent de combattre pour l'être mieux, alors que celles qui le sont mieux entendent ne pas s'effacer¹⁰.

Face à cette situation, M. CABRILLAC récusait le diagnostic qui évoquait une crise du droit des sûretés estimant qu'une crise est par définition passagère et qu'une sûreté déterminée peut être en crise, le droit des sûretés ne pouvant pas l'être parce qu'il apporte des solutions forcément précaires à des conflits permanents¹¹, alors que Christian MOULY notait que dénoncer la faillite des faillites n'est utile que si on tente d'y remédier¹².

Tout porte à croire, en tout cas, que c'est sur la voie d'une réforme réelle, d'une vraie clarification des procédures de faillite ou liquidation des biens qui doit nécessairement passer par une analyse correcte des causes de préférence et par un assainissement des règles et pratiques¹³ qu'il faut s'engager.

Christian MOULY indique, à juste titre, que cette analyse correcte est à comprendre comme une analyse fonctionnelle des mécanismes qui offrent le même résultat qu'une sûreté traditionnelle – le paiement préférentiel – et la même structure¹⁴. Il poursuit en précisant que l'assainissement des règles consisterait à harmoniser le sort des sûretés traditionnelles et celui de la propriété – sûreté, alors que l'assainissement des pratiques aurait pour but d'éviter que la plupart des privilèges (salaires, fisc, sécurité sociale, frais de justice, ...) absorbent le plus souvent la totalité de l'actif¹⁵. Il va sans dire que ces deux assainissements sont liés et qu'ils doivent aller ensemble.

¹⁰ M. CABRILLAC, « Les sûretés réelles entre vins nouveaux et vieilles outres », *loc. cit.*, p. 709. On peut lire également J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil*, sous la direction de Jacques GHESTIN, *Droit commun des sûretés réelles. Théorie générale*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 470, qui notent que le droit des procédures collectives met les sûretés à rude épreuve : assez pour « échauder » les créanciers lancés dans une course aux « nouvelles sûretés » censées résister mieux que les autres à l'effet d'érosion que leur fait subir la « faillite ».

¹¹ M. CABRILLAC, « Les sûretés réelles entre vins nouveaux et vieilles outres », *ibid.*, p. 709.

¹² C. MOULY, « Procédures collectives : assainir le régime des sûretés », *Etudes dédiées à René ROBLOT*, Paris, L.G.D.J., 1984, p. 533.

¹³ *Idem*, p. 531.

¹⁴ *Ibid.*, p. 531.

¹⁵ *Ibid.*, p. 532.

En rapport avec notre recherche, il s'avère nécessaire de vérifier, eu égard à tout ce qui vient d'être dit, l'impact de l'assainissement des régimes des mécanismes conventionnels permettant d'échapper au concours et des sûretés (surtout réelles) et de s'interroger *in fine* sur la possibilité d'instaurer une part réservataire pour les créanciers chirographaires en vue d'aboutir à une amélioration directe de leur situation.

C'est l'étude de ces trois axes qui nous permettra de dire s'il est possible ou non de réduire leurs misères dans le concours découlant de la faillite ou liquidation des biens. Elle sera subdivisée en deux chapitres : alors que le premier traitera de l'opposabilité et l'assainissement des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours, le second, quant à lui, se penchera sur l'examen de l'assainissement du régime des sûretés et l'instauration d'une part réservataire pour les chirographaires.

Il n'est pas superflu de mentionner encore et en résumé, à ce stade, l'idée de force de cette réflexion : pour éviter la quasi inutilité des procédures de distribution, il semble que seul un retour à l'égalité des créanciers ait quelque chance d'efficacité ; seul le choc de l'égalité peut encore ranimer les procédures collectives sous examen¹⁶.

Cependant et en dépit de cette simplicité apparente, la tâche n'est point aisée pour le législateur chargé de procéder à l'arbitrage. Il y a lieu de présumer, en outre, que les praticiens ne dérouleront pas le tapis rouge aux profondes mutations qu'imposent certaines de ces pistes.

L'œuvre n'est-elle pas dès lors utopique, peut-on se demander, ou doit-on conclure, au regard de l'ampleur de la tâche qu'un éminent auteur a qualifiée, dans ses observations, d'herculéenne¹⁷, qu'il n'y a malheureusement pas grand chose à faire pour améliorer directement la situation des créanciers chirographaires¹⁸. En un mot comme en cent, la mission est-elle vraiment impossible ?

Si la question mérite déjà d'être posée surtout en ce qui concerne l'instauration d'une part réservataire, nous pensons par contre que des réajustements peuvent être tentés au niveau de

¹⁶ C. MOULY, « Procédures collectives : assainir le régime des sûretés », *loc. cit.*, p. 532.

¹⁷ I. MOREAU-MARGREVE, « Intervention à la journée d'études organisée le 27 octobre 1994 par la C.D.V.A. de la Faculté de droit de Liège », *L'entreprise en difficulté : vers un nouveau droit*, 1995, p. 151.

¹⁸ C'est un point de vue qui a été émis par A. BRUNET, « De la distinction de l'homme et de l'entreprise », *Etudes dédiées à René ROBLOT*, Paris, L.G.D.J., 1984, pp. 494-495, estimant qu'il paraît possible, en revanche, d'opérer certains réajustements dans la situation des créanciers titulaires de sûretés réelles.

la situation des créanciers bénéficiaires de mécanismes préférentiels et titulaires de sûretés réelles, même s'il faut encore en mesurer l'impact sur la situation des créanciers chirographaires.

Nous entamons donc cette étude en ayant à l'esprit cette phrase particulièrement percutante du doyen HOUIN, qui résume bien les enjeux du problème : « il ne faut jamais oublier que dans les procédures collectives, ce qu'on donne aux uns est nécessairement pris aux autres puisque, par définition, le gâteau est insuffisant pour satisfaire tout le monde »¹⁹.

¹⁹ A. FORIES, « L'effet de la clause de réserve de propriété en cas de faillite et les projets de réforme – Observations sur la loi française du 12 mai 1980 et la clause de réserve de propriété en droit belge », *Entreprendre*, Chambre de commerce de Bruxelles, oct. 1981, pp. 39 et s. cité par Y. DUMON, « Des faillites, banqueroutes, sursis et concordats. Evolutions – Tendances et souhaits de réformes », *J.T.*, 1982, p. 185.

Chapitre I. OPPOSABILITE ET ASSAINISSEMENT DES GARANTIES CONVENTIONNELLES PERMETTANT D'ECHAPPER AU CONCOURS

Les règles régissant la faillite ou liquidation des biens organisent, on le sait, l'exécution des biens du débiteur de telle sorte que les créanciers puissent recouvrer, dans une certaine égalité, au moins une partie de leur créance. Cette préoccupation, qui ressort de nos considérations précédentes, ne semble cependant pas avoir résisté à l'épreuve des faits, car les créanciers se sont ingéniés à imaginer sans cesse de nombreux moyens pour échapper à la loi du concours et partant contourner l'inefficacité des sûretés traditionnelles dans ces procédures collectives, si bien que l'une des caractéristiques du droit moderne est le développement des pareilles garanties, telles, par exemple, l'utilisation de la propriété retenue ou de la propriété transmise.²⁰

Les conséquences de ces garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours non seulement à l'égard des créanciers bénéficiaires de sûretés, mais aussi et surtout à l'égard des créanciers chirographaires ont suscité moult interrogations tournant autour des questions de savoir si la survenance d'une faillite prive de tout effet les conventions conclues par le futur failli ; si ses créanciers doivent en subir toutes les conséquences, en ce qui concerne spécialement la composition du patrimoine. La validité ou du moins l'opposabilité aux tiers des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours est donc en jeu ici et fera l'objet de la première partie de cette étude (section I).

Etant donné que leurs effets touchent les créanciers titulaires de sûretés, en cas d'admission de leur opposabilité aux autres créanciers du débiteur failli, il devient indispensable de voir si un assainissement de leur régime dans les procédures collectives en général, et dans celles sous examen en particulier, ne serait pas possible (section II).

C'est donc en partant de l'idée selon laquelle le développement de ces techniques nouvelles permettant de se soustraire au concours contribue à vider, grâce à leur opposabilité aux tiers de plus en plus admise, le patrimoine du débiteur au détriment de tous les créanciers, chirographaires ou titulaires de sûretés²¹, que nous estimons qu'il devient nécessaire non

²⁰ V. M. de JUGLART et B. IPPOLITO, *op. cit.*, p. 16.

²¹ Dans ce sens, Ph. DELEBECQUE et M. GERMAIN, *Traité de droit commercial*, 16^e éd., t. 2, Paris, L.G.D.J., 2000, p. 1161.

seulement d'apprécier correctement leur opposabilité, mais aussi de procéder à leur assainissement et de préciser son impact sur les régimes de faillite ou liquidation des biens et des sûretés. Cet assainissement permettrait alors de qualifier de sûretés les techniques qui, reposant sur la propriété, ont la même finalité que les sûretés traditionnelles²².

Section I. Opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours né de la faillite ou liquidation des biens

Les institutions nées de la pratique, qui feront l'objet de développements qui suivent, sont celles qui peuvent, par leur mécanisme propre, aboutir à placer un créancier dans une situation plus favorable que les autres en l'absence d'un privilège ou d'une hypothèque²³. Sont-elles toutes opposables aux tiers alors que certaines²⁴ ne font pas l'objet d'une réglementation qui les consacre comme telles nonobstant leur dérogation à la loi du concours ? En d'autres termes, le concours né de la faillite ou liquidation des biens ne prive-t-il pas certaines²⁵ de ces institutions de tout effet à l'égard des tiers ?

Les lignes qui suivent s'efforceront de montrer que la déclaration de faillite ainsi que l'ouverture de la procédure de liquidation des biens n'anéantissent pas en principe les effets de certaines conventions conclues par le débiteur failli ; ses créanciers qui doivent en subir toutes les conséquences, en ce qui concerne spécialement la composition du patrimoine, trouvent néanmoins une certaine protection dans les restrictions à ce principe découlant de l'acte lui-même, de la loi ou de principes et règles relatifs à la faillite ou liquidation des biens.

²² Dans ce sens, C. MOULY, « Procédures collectives : assainir le régime des sûretés », *loc. cit.*, p. 561.

²³ V. P. Van OMMESLAGHE, « Sûretés issues de la pratique et autonomie de la volonté », *Les sûretés*, Colloque de Bruxelles des 20 et 21 octobre 1983, FEDUCI, 1984, p. 377.

²⁴ Comme on le verra plus loin, les législateurs belge et de l'OHADA ont pris soin de consacrer expressément certaines de ces institutions. Nous pensons, à titre d'exemple, à la réserve de propriété dont l'opposabilité aux tiers moyennant certaines conditions est consacrée par les articles 101 de la loi sur les faillites et 103, alinéa 2, de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif. Le législateur belge va encore, on s'en apercevra ci-dessous, plus loin en cette matière. En effet, la loi belge du 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières, qui assure la transposition de la directive 2002/47/CE concernant les contrats de garantie financière, consacre largement, notamment en ses articles 12. §2, 14 et 15. §1^{er}, l'opposabilité de certaines clauses et conventions de garantie permettant d'échapper au concours (le transfert de propriété à titre de garantie, les conventions de netting et les conventions constitutives de sûreté). Elle clôt en tout cas, en cette matière, un certain nombre de débats biens nourris, comme on le verra, aussi bien en jurisprudence qu'en doctrine.

²⁵ Il s'agit principalement de celles qui ne sont pas réglementées. C'est à leur égard que se pose surtout la question de l'opposabilité ou non aux tiers.

Nous nous proposons ainsi de commencer par fournir une explication de ces garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours en précisant leur quintessence, leur origine, leur objectif, leur fondement et leur efficacité (§1) avant de se consacrer à l'analyse des principes sous-tendant leur opposabilité (§2) et d'exposer certaines situations qui peuvent conduire à leur inopposabilité aux tiers (§3). Nous ferons ensuite recours, pour mieux situer l'évolution de la question et clarifier les controverses y relatives, à l'éclairage de la jurisprudence, de la législation et de la doctrine (§4). Une illustration de la matière par l'analyse de quelques clauses et conventions de garantie particulières (§5) clôturera cette étude.

§1. Appréhension du phénomène

A. Notion

On a vu ci-dessus que certaines règles légales, voire certains mécanismes ou institutions tenant au droit des obligations, parfois même d'origine contractuelle, permettent à des créanciers qui sont dans des circonstances données propices de se trouver dans une situation telle qu'ils jouissent en définitive d'une préférence par rapport à d'autres créanciers, sans qu'ils se targuent, à cette fin, d'une sûreté²⁶.

M. THIRION dit la même chose lorsqu'il écrit que « le droit positif n'ignore pas l'hypothèse dans laquelle, en l'absence même de privilège, un créancier peut, par l'usage de mécanismes traditionnels du droit des obligations, se trouver, en cas de survenance d'une situation de concours, avantagé au détriment des autres créanciers qui y sont soumis »²⁷.

Il en résulte qu'à côté des sûretés aussi bien réelles que personnelles et des privilèges généraux ou spéciaux, l'on dénombre divers mécanismes ou institutions qui permettent d'échapper au concours qui se forme entre créanciers sur le patrimoine de leur débiteur insolvable²⁸.

²⁶ V. I. MOREAU-MARGREVE, « Evolution du droit et de la pratique en matière de sûretés », *loc. cit.*, p. 217 ; Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 91.

²⁷ N. THIRION, « La théorie de l'égalité des créanciers en concours d'une personne morale en liquidation : nouveaux enseignements de la Cour de cassation », *R.C.J.B.*, 2001, p. 192.

²⁸ V. A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *loc. cit.*, p. 865.

Si on se limite, à ce niveau, à la définition générale de la garantie²⁹, en attendant nos amples développements ultérieures sur cette notion, l'on peut, au regard de ce qui précède, considérer la garantie comme un « mécanisme juridique, institué par la loi, un contrat, une coutume ou (très rarement) un testament, ayant pour objectif ou pour effet de servir l'exécution d'une obligation, afin de la rendre la plus satisfaisante possible pour le créancier ou d'en minimiser le risque, par le biais d'une pression particulière exercée sur le débiteur en vue d'obtenir de lui l'exécution de sa dette, ou par le remplacement de l'objet de l'obligation inexécutée, ou enfin par la mise en œuvre d'un statut préférentiel par rapport aux tiers dans le cadre d'une procédure collective d'exécution forcée ».

La notion de garantie ainsi entendue englobe manifestement celle de sûreté, dont l'objet est de « fournir à un créancier donné la garantie du paiement d'une créance, soit dans le patrimoine du débiteur sur un ou plusieurs biens de celui-ci de préférence à un ou plusieurs autres créanciers [sûreté réelle], soit dans le patrimoine d'un tiers, qui est tenu *propter rem* ou qui s'engage personnellement à payer la dette du débiteur [sûreté personnelle] (...) »³⁰ et celle de privilège définit par l'article 12 de la loi hypothécaire belge comme « *un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers [...]* »³¹.

Quatre catégories de garanties peuvent ainsi être retenues³² : les sûretés personnelles, les sûretés réelles, les privilèges et les mécanismes légaux ou conventionnels permettant d'échapper au concours.

Cette dernière catégorie, objet de cette partie, englobe donc toutes les institutions juridiques dont l'effet permet d'arriver au résultat qui caractérise la garantie, à savoir permettre au créancier d'obtenir l'exécution la plus satisfaisante possible de sa créance ou d'en minimiser

²⁹ V. M. GREGOIRE, « Créanciers, comment tirer parti du droit de la propriété, du droit de rétention et du droit des obligations pour renforcer vos droits », *Actes des journées d'études organisées par E.F.E. les 22 et 23 octobre 1997*, doc. dact., p. 1.

³⁰ V. A.-M. STRANART, « Rapport de synthèse », *loc. cit.*, pp.566-567. Cette définition met en exergue la fonction économique de la sûreté à travers la notion de garantie, qui en constitue le « noyau ». On peut trouver une définition similaire de la notion de garantie chez A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *loc. cit.*, p. 865.

³¹ Nous avons indiqué précédemment que le droit uniforme OHADA ne définit pas le privilège.

³² Voir notamment, M. GREGOIRE, « Créanciers, comment tirer parti du droit de la propriété, du droit de rétention et du droit des obligations pour renforcer vos droits », *ibid.*, p. 1 ; A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *ibid.*, p. 865.

le risque, et qui n'entrent pas par conséquent dans l'une des trois autres catégories de garanties³³. Comme on le verra ci-dessous, une analyse approfondie permet cependant de rattacher certaines institutions de cette dernière catégorie dans l'une des trois autres ; ce qui ne va pas sans soulever des interrogations.

Ces divers mécanismes ou institutions de garantie créées par la loi ou le contrat sont diversement qualifiés par la doctrine: on les qualifie tantôt de mécanismes préférentiels³⁴ ou circonstanciels³⁵, tantôt de sûretés issues de la pratique³⁶, tantôt de mécanismes obligatoires de garantie³⁷.

Nous estimons, à la suite de M. ZENNER et Mme PEETERS³⁸ et pour mieux rendre compte de l'effet principal et souhaité de ces institutions en cas de faillite ou liquidation des biens, qu'elles méritent d'être qualifiées de garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours.

³³ V. M. GREGOIRE, « Créanciers, comment tirer parti du droit de la propriété, du droit de rétention et du droit des obligations pour renforcer vos droits », *loc. cit.*, p. 2. On peut inclure dans cette catégorie notamment, la compensation, l'exception d'inexécution, le droit de rétention, la fiducie garantie, la clause de réserve de propriété, la clause pénale, la clause résolutoire, les engagements de ne pas faire, les lettres de confort, le mandat irrévocable d'hypothéquer, le versement d'une somme d'argent à titre de garantie, la convention de défaisance, ou toute convention issue de l'autonomie de la volonté des parties contractantes tendant à créer une garantie. Cette liste fournie par M. GREGOIRE peut être complétée par d'autres techniques, étrangères au droit des obligations, méritant aussi cette qualification, comme les dettes de la masse en cas de faillite, et, de manière générale, tous les frais exposés pour la liquidation d'actifs inclus dans l'assiette d'un concours de créanciers qui seront payés avant toute distribution. La technique du rapport des dettes en matière successorale (article 829 du Code civil belge) rentre aussi dans cette catégorie, car elle permet aux cohéritiers de l'héritier débiteur d'échapper au concours de ses créanciers personnels (Fr. T'KINT, *op. cit.*, pp. 91-92). On peut se référer aussi à l'énumération fournie par Mme MAUREAU-MARGREVE, « Evolution du droit et de la pratique en matière de sûretés », *loc. cit.*, pp. 217 et s., qui note que les hypothèses de ce genre sont multiples au point qu'il paraîtrait quasi impossible d'en faire un relevé exhaustif ainsi qu'à celle d'André BRUYNEEL, « L'évolution du droit des sûretés. Constatations et questions », *Les sûretés*, Paris, FEDUCI, 1984, p.19.

³⁴ Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 91, par référence à l'avantage qu'ils procurent au créancier au détriment des autres, ce qui pourrait conduire à assimiler certaines de ces institutions à un privilège. Nos développements ultérieurs apporteront des éclaircissements là-dessus.

³⁵ I. MOREAU-MARGREVE, « Evolution du droit et de la pratique en matière de sûretés », *ibid.*, p. 217, par référence à leur caractère circonstanciel. Cette expression ne permet pas en tout cas de saisir la pertinence de ces institutions.

³⁶ On doit ce terme au Colloque organisé par l'U.L.B. et la FEDUCI à Bruxelles les 20 et 21 octobre 1983 dont les actes ont été publiés par la FEDUCI, Paris, 1984, sous le titre *Les sûretés*. Il s'agit d'un terme qui n'est pas inapproprié à tous égards, comme on le verra lors de l'analyse de certaines de ces institutions.

³⁷ A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *loc. cit.*, p. 866, relèvent à juste titre que ce terme tout en paraissant plus judicieux par rapport aux autres, ne traduit pas néanmoins la spécificité de ces institutions, qui est d'éviter le concours.

³⁸ *Idem*, p. 866.

B. Eessor et objectifs des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours

Nous allons montrer dans un premier temps l'essor des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours (1°) avant d'exposer les objectifs poursuivis par leur mise en place (2°).

1°. Eessor

La soumission des créanciers titulaires de sûretés réelles à la discipline collective en cas de faillite ou liquidation des biens, qui se traduit notamment, on l'a vu, par l'arrêt des poursuites individuelles, l'obligation de déclarer les créances et l'arrêt du cours des intérêts, amoindrit par contrecoup l'efficacité des sûretés au moment où elles doivent, on s'en doute, être utiles.

Ces limitations générales apportées aux droits de ces créanciers montrent à elles seules combien le droit des procédures collectives met les sûretés à rude épreuve, plie leurs droits à ses exigences, et qu'il le fait parfois même sous couvert de les ménager³⁹. Suffisant, a-t-on estimé, pour « échauder » les créanciers lancés dans une course aux « nouvelles sûretés » censées résister mieux que les autres à l'effet d'érosion que leur fait subir la « faillite »⁴⁰.

On ne manque pas de mentionner, en outre, parmi les causes de l'inflation des « sûretés particulières », l'importance des créances du fisc et de la Sécurité sociale garanties par des privilèges généraux mobiliers conférant un rang avantageux à ces « deux gargantuas » de sorte que leur paiement assèche le plus souvent l'actif du débiteur⁴¹.

³⁹ V. J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *op. cit.*, pp. 470-471 ; Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 2004, p. 311, qui soulignent également que les lois de 1967 et 1985 sur les procédures collectives ont entamé l'efficacité du gage, du nantissement et de l'hypothèque en imposant aux créanciers des délais, des réductions et des conversions ; M. GRIMALDI, « Réflexions sur les sûretés propriétés (à propos de la réserve de propriété) », *Etudes offertes à Jacques DUPICHOT. Liber amicorum*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 171, qui indique, à son tour, que la principale cause de l'essor des propriétés-sûretés gît dans l'érosion dont souffrent les sûretés traditionnelles en cas de procédure collective.

⁴⁰ V. P. ANCEL, « Nouvelles sûretés pour créanciers échaudés », *Cah. dr. de l'entreprise*, n° 5, 1989, pp. 3 et s.

⁴¹ V. M. CABRILLAC, « Les sûretés réelles entre vins nouveaux et vieilles outres », *loc. cit.*, pp. 710-711, qui précise que cette donnée a propulsé la priorité sur le fisc et la Sécurité sociale au premier plan des critères de la bonne sûreté, d'où la vogue des garanties-propriétés et des droits de rétention d'origine conventionnelle (...).

Rien d'étonnant dès lors que des créanciers cherchent, dans ces conditions, à se garantir, non plus par des privilèges et sûretés classiques mais par un droit de propriété⁴², une parade trouvée par les créanciers⁴³. La voie adoptée par ces derniers est, en effet, d'éviter les privilèges de toutes natures en reprenant la chose financée, ou donnée en garantie, grâce à leur qualité de propriétaire⁴⁴.

Le moins que l'on puisse dire est qu'il s'agit d'une fuite vers des « sûretés » qui, parce qu'elles sont assises sur le patrimoine du créancier lui-même, gardent celui-ci du risque de la faillite de son débiteur⁴⁵, en lui permettant d'échapper au concours.

M. GRIMALDI se demande pertinemment, pour expliquer le succès de ces garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours, que peut rêver de mieux un créancier pour garantir sa créance qu'un bien qui se trouve dans son propre patrimoine, et non dans celui de son débiteur (comme dans le cas du gage ou de l'hypothèque) ou dans celui d'un tiers (comme dans le cas du cautionnement, personnel ou réel)⁴⁶.

La pratique contractuelle, qui constitue la source de ces garanties, s'avère être la voie empruntée par certains créanciers pour obtenir un paiement prioritaire impossible par le jeu d'une sûreté classique⁴⁷. Elle a mis évidemment en place, comme on peut le remarquer à partir de ce qui vient d'être dit, un phénomène qui a rendu fort incertaines les frontières des sûretés réelles et qui pose par conséquent de nombreux problèmes de terminologie, de classification et de validité⁴⁸ ou du moins d'opposabilité aux tiers.

⁴² V. l'intervention de M. SCHMIDT à l'occasion du Colloque de Bruxelles des 20 et 21 octobre 1983 dont les communications ont été publiées par la Feduci, Paris, en 1984 sous le titre *Les sûretés*, p. 539 ; A. CERLES, « La propriété, nouvelle reine des sûretés ? », *Mélanges en l'honneur de Michel VASSEUR*, Paris, Banque éditeur, 2000, p. 43, souligne aussi que l'inefficacité des sûretés réelles a conduit les créanciers à chercher dans la propriété une nouvelle sécurité pour leurs opérations (...).

⁴³ C. MOULY, « Procédures collectives : assainir le régime des sûretés », *loc. cit.*, p. 538, note que la voie des droits réels garantissant une créance étant bouchée par le régime juridique défavorable de l'action en paiement, restait la voie du droit de propriété qui ouvre l'action en revendication.

⁴⁴ *Idem*, p. 538.

⁴⁵ V. M. GRIMALDI, « Réflexions sur les sûretés propriétés (à propos de la réserve de propriété) », *loc. cit.*, p. 171 ; dans ce sens aussi, D. LEGAIS, *op. cit.*, p. 9, qui note que ces garanties confèrent au créancier l'assurance d'être payé, n'ayant pas à craindre la concurrence avec d'autres créanciers.

⁴⁶ V. M. GRIMALDI, « Réflexions sur les sûretés propriétés (à propos de la réserve de propriété) », *ibid.*, pp. 171-172.

⁴⁷ Dans ce sens, M. CABRILLAC, « Les sûretés réelles entre vins nouveaux et vieilles outres », *loc. cit.*, p. 715, qui considère le recours à ces garanties comme une exploitation de droits ou de mécanismes conçus à d'autres fins mais susceptibles de produire un effet de garantie.

⁴⁸ V. A. BRUYNEEL, « L'évolution du droit des sûretés. Constatations et questions », *loc. cit.*, pp. 19 et s., qui dresse une bonne problématique de ces garanties ; M. CABRILLAC, « Les sûretés réelles entre vins nouveaux et vieilles outres », *ibid.*, p. 715 pose la question de savoir qu'est-ce qui est sûreté et qu'est-ce qui ne peut mériter

Il devient aisé d'exposer, après ces considérations, les objectifs poursuivis par la création de ces garanties conventionnelles qui permettent d'échapper au concours.

2°. Objectifs

Le Professeur Van OMMESLAGHE a montré clairement dans sa pénétrante étude⁴⁹ consacrée à la question sous examen que la création de ces «sûretés nouvelles » correspond à plusieurs préoccupations :

- échapper au formalisme et éviter les lourdeurs et l'inadaptation aux besoins de la vie commerciale de nombre de sûretés classiques constituent la première motivation du recours à ces garanties ;
- échapper à un coût fiscal en évitant les frais qui s'attachent par exemple à la constitution de l'hypothèque ;
- éviter les contraintes résultant du droit des sociétés ou du droit comptable ;
- la recherche de substituts ou de succédanés aux garanties traditionnelles destinés à assurer un équilibre entre les droits et les intérêts des parties en présence que les sûretés traditionnelles n'apportent, à combler les lacunes de ces dernières ou aptes à s'insérer dans des mécanismes juridiques pour lesquels il aurait été impossible de recourir à des sûretés traditionnelles.

Il s'agit, en définitive, de se protéger contre les risques d'un concours avec les autres créanciers du cocontractant, et plus particulièrement contre les inconvénients d'un concours né de la faillite ou liquidation des biens.

Même si ces objectifs sont manifestement dignes d'intérêt, il n'empêche toutefois qu'il faille rester attentif vis-à-vis des cas dans lesquels les parties veulent organiser ou restreindre les conséquences du concours et des effets qui en découlent⁵⁰. Dès lors, seule une analyse

cette qualification et n'appartient qu'à la nébuleuse plus vaste et plus floue des garanties réelles et si le régime primaire découlant du droit commun des sûretés réelles s'applique à telle ou telle garantie créée par voie détournée ; D. LEGAIS, *op. cit.*, p. 9 revient aussi sur les trois problèmes que soulèvent ces garanties, à savoir leur qualification, leur validité et le régime à leur appliquer.

⁴⁹ V. P. Van OMMESLAGHE, « Sûretés issues de la pratique et autonomie de la volonté », *loc. cit.*, pp. 347-350 ; lire également les objectifs énumérés par A. BRUYNEEL, « L'évolution du droit des sûretés. Constatations et questions », *loc. cit.*, pp. 18-19.

⁵⁰ Dans ce sens, P. Van OMMESLAGHE, « Sûretés issues de la pratique et autonomie de la volonté », *ibid.*, p. 349.

minutieuse des principes de base de ces garanties et des restrictions portées par des règles tenant à l'ordre public permet de distinguer les garanties qui seraient opposables aux tiers de celles qui leur seraient inopposables, donc inefficaces en cas de concours.

C. Fondement et opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours

1°. Fondement

On a écrit⁵¹, à juste titre et nos considérations précédentes le confirment, que les garanties conventionnelles qui permettent d'échapper au concours trouvent leur fondement dans l'institution de droits consentis au créancier par le débiteur dont on veut parer l'insolvabilité ou de modalités, conditions ou restrictions assortissant ses droits, de manière à ce qu'en cas de faillite de ce débiteur, ses propres droits ne puissent être exercés par le curateur que moyennant l'exécution de l'obligation garantie. Leur fondement découle donc logiquement de l'objectif visé en les créant, à savoir échapper aux effets du concours, et donc offrir au créancier une protection efficace contre le risque de l'insolvabilité de son débiteur.

Deux sortes de garanties répondent à cet objectif :

- les garanties qui recourent aux droits réels, notamment la propriété d'une chose ou d'un bâtiment. On distingue, à cet égard, la propriété retenue, comme lorsque le vendeur retient la propriété du bien vendu, qu'il ne lâchera qu'une fois le prix payé (c'est la réserve de propriété) ou lorsque la « sûreté » garantit la créance d'un fournisseur de biens (en cas de leasing), de la propriété cédée, dont le créancier reçoit de son débiteur la propriété d'un bien, qu'il lui restituera une fois payé (comme dans l'escompte d'effets de commerce ou l'affacturage, ou encore en combinant les deux, comme dans le *sale and lease back*)⁵².

⁵¹ Voir l'excellente étude de : A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *loc. cit.*, p. 866.

⁵² Lire pour cette première catégorie, M. CABRILLAC, « Les sûretés réelles entre vins nouveaux et vieilles outres », *loc. cit.*, p. 717 ; M. GRIMALDI, « Réflexions sur les sûretés propriété (à propos de la réserve de propriété) », *loc. cit.*, p. 169 ; J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *op. cit.*, pp. 482 et s. ; A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *ibid.*, p. 866.

- Les garanties qui recourent aux droits de créance parmi lesquelles on peut évoquer⁵³, à titre d'exemple, l'exception d'inexécution, le droit de rétention, la compensation, le droit de résolution, attaché ou non à l'exigibilité anticipée de tous les engagements du débiteur, la délégation de créance, le versement d'une somme d'argent à titre de garantie, la subordination de créance, les engagements de faire (par exemple affecter des fonds) ou de ne pas faire (par exemple de ne pas grever ou aliéner), les clauses de non-recours, ...

2°. Opposabilité

S'il est une question qui divise la doctrine, partage la jurisprudence et met le droit à rude épreuve, c'est bien celle relative à l'opposabilité aux tiers des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours nonobstant la simplicité des principes sur lesquels elles reposent : alors que l'opposabilité de certaines de ces garanties est bien assise depuis belle lurette⁵⁴, celle d'autres garanties l'est cependant moins bien et demeure incertaine en raison de la controverse alimentée en doctrine autour de leur validité intrinsèque ou de leur opposabilité, de zones de lumière et d'ombre⁵⁵ résultant de la jurisprudence y relative et de l'obscurité du droit en la matière⁵⁶. Tout le problème est alors de déterminer l'origine des incertitudes.

Nous verrons à cet égard que les tiers se fondent sur divers moyens, les uns faisant obstacle à l'opposabilité des effets externes des conventions, les autres mettant en cause leurs effets internes eux-mêmes, pour justifier l'inopposabilité de ces garanties. Tous ces moyens ne portent cependant pas atteinte à l'autonomie de la volonté à l'égard des créanciers en concours, que la Cour de cassation belge a d'ailleurs consacrée par son arrêt *Socol* du 18 février 1985⁵⁷.

⁵³ L'énumération fournie est empruntée à A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *loc. cit.*, p. 866 et références citées.

⁵⁴ Il s'agit de celles consacrées expressément par le législateur (voir surtout, en droit belge, la loi du 15 décembre 2004 précitée).

⁵⁵ L'expression est empruntée à I. MOREAU-MARGREVE, « Du nouveau à propos des cessions de créance », *Vente et cession de créance*, CUP, Volume XV, Liège, mars 1997, pp. 149 et 153, à l'occasion de l'analyse de l'arrêt de la Cour de cassation du 17 octobre 1996.

⁵⁶ Dans ce sens, A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *ibid.*, p. 866 et référence citée.

⁵⁷ *Idem*, p. 866.

Les zones de lumière et d'ombre engendrées par l'arrêt *Sart-Tilman* de la Cour de cassation belge, rendu le 17 octobre 1996 en rapport avec les effets d'une cession fiduciaire de créance, méritent, en outre, d'être précisées, au regard de l'évolution législative⁵⁸ consacrant depuis lors l'opposabilité à la masse de certaines conventions de ce type.

Le décor étant planté, nous pouvons maintenant passer à l'examen proprement dit de la question qui nous occupe en précisant, *in limine litis*, que nous ferons amplement recours au droit français en la matière pour combler la carence aussi bien de la jurisprudence que de la doctrine en droit uniforme sur la question. Le droit français ayant largement inspiré ce dernier, nous estimons que certaines de ses solutions sur la question pourraient aisément trouver écho en droit positif uniforme.

§2. Principes sur lesquels reposent les garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours

Les principes de l'autonomie de la volonté et de l'opposabilité des conventions aux tiers (A) ainsi que le principe de connexité (B), qui passe pour une source de garantie, servent de base aux garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Leur étude permettra de relever leur impact sur la détermination de l'assiette de la saisie collective et sur le principe de la cristallisation du passif dès la naissance du concours (C).

A. L'autonomie de la volonté et l'opposabilité des conventions aux tiers

1°. L'autonomie de la volonté

Le principe de l'autonomie de la volonté, qui sert de substrat aux garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours et qui constitue, on s'en doute, une règle cardinale du droit des obligations⁵⁹, est défini largement par Henri De PAGE comme « le pouvoir qu'ont les volontés particulières de régler elles-mêmes toutes les conditions et modalités de leurs engagements, de décider seules, et sans tutelle légale, de la matière et de la portée de leurs

⁵⁸ Nous visons notamment la loi belge du 8 août 1997 sur les faillites qui consacre, à l'article 101, sous réserve de certaines conditions tendant à éviter toute fraude, l'opposabilité de la réserve de propriété et celle du 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières qui admet, on l'a dit, l'opposabilité d'un certain nombre de clauses et conventions permettant d'échapper au concours.

⁵⁹ Dans ce sens, P. Van OMMESLAGHE, « Sûretés issues de la pratique et autonomie de la volonté », *loc. cit.*, p. 350.

conventions, en un mot, de donner à leurs contrats le contenu, l'objet qu'elles estiment convenable, et qu'il leur est loisible de choisir en toute liberté, en s'inspirant de leurs seuls intérêts, et sous l'unique garantie de leurs consentements réciproques valablement échangés »⁶⁰. En d'autres termes, les parties peuvent en matière de contrat faire toutes opérations qu'il leur plaît de réaliser, sauf si la loi l'interdit – et non la règle inverse⁶¹.

Une fois cette conception du principe adoptée, point n'est besoin, estime-t-on à juste titre, dans l'analyse des garanties sous examen, de vérifier si la loi autorise telle ou telle formule – même lorsque celle-ci se trouve en concours avec des institutions d'ordre public comme la faillite – mais bien au contraire de voir si une disposition légale l'interdit⁶².

Cet épanouissement du principe de l'autonomie de la volonté sous réserve de l'ordre public et des bonnes mœurs ne va pas toujours de soi. On verra qu'il trouve une restriction importante qui viendra en conflit avec lui, en matière de sûretés, dans l'institution du concours avec toutes les conséquences qui s'y attachent, notamment le principe de l'égalité entre les créanciers. Ce conflit trouve précisément un terrain de prédilection dans les sûretés grevant le patrimoine du débiteur lui-même, et donc les sûretés réelles, étant entendu qu'à l'évidence, l'imagination des praticiens ne se heurte pas, à propos de sûretés personnelles, à l'obstacle du respect de la loi du concours puisque le concept de sûreté personnelle ne comporte nulle dérogation à cette règle⁶³.

2°. L'opposabilité des conventions aux tiers

L'autre principe fondamental sur lequel reposent les conventions permettant d'échapper au concours est celui de l'opposabilité des conventions aux tiers qui découle, on s'en doute, de l'effet externe des contrats et de l'obligation pour le créancier de respecter les actes accomplis par son débiteur, sauf fraude.

⁶⁰ V. H. De PAGE, *op. cit.*, p. 437. Les pertinents développements de l'auteur (pp. 437 et s.) sur le principe de l'autonomie de la volonté et sa vitalité demeurent d'actualité, nonobstant certaines évolutions contemporaines qui auraient fait craindre le contraire.

⁶¹ V. P. Van OMMESLAGHE, « Sûretés issues de la pratique et autonomie de la volonté », *loc. cit.*, p. 350.

⁶² *Idem*, p. 350.

⁶³ V. I. MOREAU-MARGREVE, « Faut-il réviser les dispositions du Code civil en matière de sûretés et dans l'affirmative, quelles seraient les grandes orientations d'une révision ? », *Liber memorialis François LAURENT, 1810-1887*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1989, p. 589. Cf. aussi, P. Van OMMESLAGHE, « Sûretés issues de la pratique et autonomie de la volonté », *ibid.*, p. 350.

Faut-il rappeler l'enseignement d'Henri De PAGE selon lequel le droit réel est opposable à tous ; qu'il suit la chose sur laquelle il porte, en quelques mains qu'il se trouve et commande que toute personne, même tierce à l'opération qui a fait naître ce droit, en respecte l'existence et la portée⁶⁴. Il se crée donc, dans le chef de chacun, ce qu'on a pu qualifier, une « obligation générale passive »⁶⁵ de ne rien faire qui contrarierait l'exercice d'un droit réel existant sur une chose déterminée⁶⁶.

En ce qui concerne les droits personnels, l'on doit noter que, contrairement aux droits réels, seuls leurs effets externes doivent être respectés par les tiers, leurs effets internes, à savoir les obligations et les droits qu'engendrent les rapports relatifs, ne concernant que le créancier et le débiteur et qu'il n'émane du droit personnel en tant que tel, aucune obligation générale passive de ne rien faire qui entraverait l'exercice⁶⁷.

On voit ici et là que les conventions valablement conclues entre parties sont en principe opposables aux tiers dans leurs effets externes, c'est-à-dire dans leur existence même et dans toutes les conséquences qu'ils entraînent pour les parties à la convention⁶⁸.

Il en résulte qu'en principe, les conventions conclues par un débiteur doivent sortir leurs effets et que les créanciers doivent en subir toutes les conséquences, notamment en ce qui concerne la fluctuation du patrimoine de ce dernier⁶⁹. La maxime selon laquelle, en principe, les créanciers doivent suivre la foi de leur débiteur traduit d'ailleurs ce principe.

⁶⁴ H. De PAGE, *op. cit.*, 3^e éd., t. I, pp. 196 et s. ; dans ce sens également, A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *loc. cit.*, p. 866.

⁶⁵ PLANIOL et RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I^{er}, n° 2163.

⁶⁶ M. GREGOIRE, *op. cit.*, p. 7.

⁶⁷ *Idem*, pp. 7-8. Voir aussi A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *ibid.*, p. 866.

⁶⁸ Tel est l'enseignement de H. De PAGE, *ibid.*, pp. 183 et s. ; cf. aussi A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *ibid.*, p. 866.

⁶⁹ P. Van OMMESLAGHE, « Sûretés issues de la pratique et autonomie de la volonté », *loc. cit.*, p. 364 ; A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *ibid.*, p. 866. Tous ces auteurs rappellent que si cette règle n'est pas énoncée par le Code civil en termes exprès, elle est nécessairement impliquée par diverses exceptions que le Code consacre (voir spécialement, P. Van OMMESLAGHE, « Sûretés issues de la pratique et autonomie de la volonté », *ibid.*, pp. 364 et s.).

La survenance de la faillite ou d'un concours lié à une autre procédure collective, comme la liquidation des biens en droit uniforme, ne remet pas en cause ce principe. Rien de surprenant, en effet, quand on sait que la masse se trouvant aux droits des créanciers, les actes du débiteur failli antérieurs au jugement d'ouverture sont opposables au curateur ou syndic, lorsqu'il agit en leur nom, dans la mesure où ils l'étaient aux créanciers eux-mêmes ; elle subit donc les effets externes des actes du débiteur failli⁷⁰.

Cette position, critiquée, comme on le verra ci-dessous, par une partie de la doctrine qualifiée⁷¹, est confirmée par un arrêt du 20 juin 1989 de la Cour d'appel de Mons⁷² en ces termes : c'est « parce qu'en principe les actes accomplis par le futur failli sont opposables au curateur en tant que représentant de la masse qu'il a été nécessaire de prévoir, en plus des exceptions découlant de textes légaux d'application plus générale, les articles 446 à 448 de la loi sur les faillites, qui tendent précisément à permettre au curateur, dans les cas qu'ils prévoient, de faire déclarer, par exception, inopposables à la masse, certains actes accomplis par le commerçant avant sa mise en faillite ». La Cour ajoute que le curateur ne peut donc se borner, sans faire référence à une exception légalement prévue, à contester l'opposabilité à son égard des actes accomplis par le commerçant avant sa faillite⁷³.

B. La connexité comme source de garantie

La connexité peut être entendue comme la corrélation intime existant entre obligations qui ont la même cause, le lien qui les unit et suppose que leur exécution se fasse trait pour trait ; c'est dans cette connexité *ex eadem causa* que gît la garantie propre aux mécanismes obligatoires reposant sur des droits de créance⁷⁴.

L'on admet, en effet, que la connexité est évidente entre obligations qui puisent leur source dans un même contrat, comme, par exemple, en cas de compensation, la créance d'arriérés de

⁷⁰ A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *loc. cit.*, p. 866.

⁷¹ Nous pensons notamment à I. MOREAU-MARGREVE, « Faut-il réviser les dispositions du Code civil en matière de sûretés et dans l'affirmative, quelles seraient les grandes orientations d'une révision ? », *loc. cit.*, p. 588 ; « Du nouveau à propos des cessions de créance », *loc. cit.*, pp. 151-152.

⁷² Mons, 20 juin 1989, *R.D.C.*, 1990, p. 883 ; *Rev. rég. dr.*, 1989, p. 536.

⁷³ V. A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *ibid.*, p. 867.

⁷⁴ *Idem*, p. 867.

primes de l'assureur et dette d'indemnité suite à un sinistre, la créance de dommages et intérêts dus au maître de l'ouvrage et dette de prix des travaux exécutés, la valeur de rachat d'une assurance-vie et le solde de la dette hypothécaire couvert par la police⁷⁵.

On observe, en outre, une certaine souplesse dans l'appréciation du lien à l'origine de la connexité qui conduit à admettre que la connexité peut aussi exister entre dettes et créances dérivant d'obligations distinctes lorsque les parties ont placé celles-ci dans un rapport de dépendance réciproque de sorte que, issues d'une même unité d'intention, elles forment un rapport synallagmatique unique⁷⁶. Il en est ainsi des obligations réciproques qui s'intègrent dans un ensemble cohérent, poursuivent une finalité commune et concourent à l'économie d'une relation globale, soit qu'elles résultent d'accords-cadres, soit qu'elles forment une opération économique et financièrement globale et indivisible, de sorte que les diverses conventions ne peuvent être envisagées isolément sans bouleverser l'équilibre du rapport global entre parties⁷⁷.

L'arrêt de la Cour de cassation du 25 mai 1989⁷⁸ s'inscrit dans cette logique de la souplesse lorsque celle-ci admet que le fait que des dettes et créances réciproques soient de nature différente (contractuelle d'une part, quasi délictuelle de l'autre) ne fait pas obstacle à la connexité lorsque, se rapportant à un même lien synallagmatique, elles résultent d'une même chaîne d'événements.

On relève même que si une relation d'affaires suivie ne suffit pas à constituer à elle seule un rapport synallagmatique d'ensemble, pareille relation constitue un indice important de l'existence d'une connexité, parce qu'il est rare qu'une partie s'engage envers une autre sans prendre en compte l'ensemble de leurs rapports, qui se trouvent ainsi adossés les uns aux autres⁷⁹.

⁷⁵ Fr. T'KINT, *op. cit.*, pp. 93-94.

⁷⁶ A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *loc. cit.*, p. 867. Lire aussi M. GREGOIRE, « Développements récents en matière de sûretés réelles », *loc. cit.*, pp. 52 et s. ; Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 94.

⁷⁷ A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *ibid.*, p. 867.

⁷⁸ *Pas.*, 1989, I, p. 1015 ; *R.W.*, 1989-1990, p. 331 ; *R.D.C.*, p. 771

⁷⁹ A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *ibid.*, p. 867.

Ce qui est important finalement, au regard de cette analyse moins stricte de la connexité, c'est que les événements dont sont issues les dettes et les créances ne se justifient que l'un par l'autre, et assurent l'équilibre du rapport⁸⁰.

Comme nous le verrons à l'occasion de l'analyse de quelques clauses et conventions de garanties, la connexité joue un rôle de prédilection et apparaît en tout cas comme une source de garantie dans certaines institutions relevant du droit des obligations, telles que la compensation (lorsqu'il s'agit de faire prévaloir l'effet compensatoire sur le droit acquis de tiers), l'exception d'inexécution et le droit de rétention (en toutes circonstances)⁸¹.

Cependant, l'application de cette notion est source de controverse : certains la considèrent, sous l'influence de l'égalité des créanciers, davantage comme un fait, que les parties sont impuissantes à modifier⁸², que comme résultante d'un champ contractuel, dont les parties peuvent déterminer librement les limites⁸³. Elle a dès lors été à la base d'une jurisprudence partagée, tantôt bornant son analyse à une décoction juridique des opérations (conception stricte de la connexité), tantôt prenant mieux en compte la réalité économique (conception souple ou évolutive de la connexité).

L'autre réalité, non moins contestée évidemment au regard de ce qui vient d'être dit, que l'analyse de quelques clauses et conventions de garanties mettra en lumière, est que le créancier qui bénéficie de la connexité échappe au concours, car une portion d'actif lui est exclusivement réservée⁸⁴ : les tiers ne peuvent pas méconnaître, même en cas de saisie ou de concours, la connexité, qui conduit à reconnaître l'opposabilité aux tiers (les créanciers du failli) d'un droit, en principe, de nature personnelle⁸⁵. Ainsi, lorsqu'ils saisissent le patrimoine de leur débiteur, l'emprise des créanciers sur la partie de ce patrimoine constituée de droits

⁸⁰ A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *loc. cit.*, p. 867.

⁸¹ V. M. GREGOIRE, « Développements récents en matière de sûretés réelles », *loc. cit.*, pp. 43 et s.

⁸² Voir notamment, I. MOREAU-MARGREVE, « Faut-il réviser les dispositions du Code civil en matière de sûretés et dans l'affirmative, quelles seraient les grandes orientations d'une révision ? », *loc. cit.*, p. 587, qui demande en outre de prouver si ce principe de connexité existe et s'il est apte à contrarier une disposition légale précise qui vise à protéger les tiers.

⁸³ Lire notamment, A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *ibid.*, p. 867.

⁸⁴ M. GREGOIRE, « Développements récents en matière de sûretés réelles », *ibid.*, p. 59.

⁸⁵ M. GREGOIRE, *op. cit.*, p. 166 : « la connexité (...) permettrait de faire fi de la relativité des effets internes d'un droit personnel, et d'attribuer à ce dernier un effet contraignant envers les tiers » ; « Développements récents en matière de sûretés réelles », *ibid.*, p. 58.

personnels se borne à ce qu'ils représentent entre parties ; elle se heurte aux obligations corrélatives à ces droits⁸⁶.

C. L'impact de ces principes sur la détermination de l'assiette de la saisie collective et sur le principe de la cristallisation du passif dès la naissance du concours

1°. Leur impact sur la détermination de l'assiette de la saisie collective

Il découle de l'examen des principes ci-dessus que la saisie porte, non sur la créance détachée du contrat, mais sur le contrat lui-même : entre dans l'assiette de la saisie collective, et donc des biens partageables de la faillite, note pertinemment Mme GREGOIRE, non pas la créance du failli envers un cocontractant, détachée, isolée de la dette de ce cocontractant envers le failli, mais le bénéfice net du contrat conclu par le failli ou de l'opération concernée⁸⁷.

Cette position est corroborée par les écrits de M. Van OMMESLAGHE⁸⁸ en ces termes : « Les droits de créance d'une personne partie à une opération de compensation (...) n'entrent dans le patrimoine du débiteur et ne sont soumis au droit de gage de ses créanciers, que sous déduction (...) de la créance de l'autre partie à l'opération de compensation, pour leur valeur nette ».

Selon cette opinion à la quelle nous adhérons, la créance du failli ne figure dans la masse, parmi les actifs du failli, qu'après déduction de la dette issue de la même convention⁸⁹ ; l'élément réalisable, au profit des autres créanciers du failli, ne serait pas la créance, mais le bénéfice net que présente pour le failli la convention dont cette créance est issue⁹⁰.

⁸⁶ A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *loc. cit.*, p. 867.

⁸⁷ M. GREGOIRE, *op. cit.*, p. 182 ; « Développements récents en matière de sûretés réelles », *loc. cit.*, p. 57.

⁸⁸ P. Van OMMESLAGHE, « Les sûretés nouvelles issues de la pratique – Développements récents », *Le droit des sûretés*, Bruxelles, Ed. Jeune Barreau, 1992, p. 404.

⁸⁹ A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *ibid.*, p. 867.

⁹⁰ M. GREGOIRE, « Développements récents en matière de sûretés réelles », *ibid.*, p. 57.

Le passage des conclusions prises par le Procureur général LECLERCQ avant l'arrêt de la Cour de cassation du 7 novembre 1935⁹¹ selon lequel l'exception d'inexécution repose sur la circonstance que « chaque engagement que l'une des parties obtient de l'autre est grevé de l'engagement que cette partie a contracté et qui est corrélatif à l'autre » peut être invoqué, comme le fait observer Mme GREGOIRE, à l'appui de cette position.

Ces considérations signifient, en somme, comme le font remarquer clairement les éminents auteurs Van RYN et HEENEN⁹², que si les curateurs entendent se prévaloir d'une opération du failli, ils doivent en accepter toutes les conséquences ; ils ne peuvent dès lors, par exemple, poursuivre ces auteurs, opposer l'irrégularité formelle d'une opération dont ils revendiqueraient le bénéfice. Ils ne peuvent finalement exercer les droits du failli que selon les modalités, dans les conditions et sous les restrictions qui auraient pu être invoquées contre le failli lui-même⁹³. En un mot comme en cent, la faillite ne peut améliorer la position des créanciers⁹⁴.

2°. Leur impact sur le principe de la cristallisation du passif dès la naissance du concours

Nous avons déjà eu l'occasion de noter que le principe de la cristallisation du passif est fondamental en cas de concours né de la faillite ou liquidation des biens, car il impose la détermination des droits des créanciers par référence à l'état de leurs créances au jour du jugement d'ouverture. C'est dire, en d'autres termes, que les droits des créanciers prennent à ce moment ensemble leur emprise sur les biens du débiteur, de sorte que leur part est aussitôt intellectuellement fixée⁹⁵.

⁹¹ Cass., 7 novembre 1935, *Pas.*, 1936, I, p. 38.

⁹² J. Van RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, t. IV, n° 2677.

⁹³ A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *loc. cit.*, p. 867 et références citées.

⁹⁴ E. DIRIX, « Faillissement en lopende overeenkomsten », *R.W.*, 2003-2004, pp. 201 et s., spéc. p. 203, n° 8, cité par A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *ibid.*, p. 867.

⁹⁵ A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *ibid.*, p. 867.

On enseigne également que la règle selon laquelle les droits des créanciers dans la masse sont en principe définitivement fixés à la date du jugement déclaratif traduit le fait que la longueur de la liquidation ne peut modifier les droits respectifs des créanciers en concours⁹⁶ de sorte que, sous réserve des frais qu'elle entraîne, la liquidation du patrimoine du débiteur doit conduire au même résultat que si elle avait pu être instantanée⁹⁷.

C'est à juste titre que M. ZENNER et Mme PEETERS notent finalement que « dès lors que, par l'effet de la connexité, seul le bénéfice net du contrat tombe dans la masse, et non la créance du failli détachée de sa propre obligation envers son débiteur, il est indifférent, à l'égard de son effectivité envers les tiers, qu'une clause de garantie, connexe aux droits du failli dont se prévaut le curateur à l'encontre de son bénéficiaire, ait opéré du fait de la faillite ou qu'elle opère ultérieurement à la faillite : en tout état de cause la dette de garantie connexe à la créance du débiteur grève déjà son patrimoine au moment où se forme le concours et, partant, peut au besoin être invoquée par la suite parce que l'issue de la liquidation doit être la même que si elle avait été instantanée »⁹⁸.

Nous estimons, à l'issue de cet examen des principes sur lesquels reposent les garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours, que les clauses et conventions de garantie⁹⁹ devraient en principe, sous réserve de l'application des principes restrictifs ci-dessous analysés, être respectées et recevoir application, malgré le concours en général et de manière particulière le concours né de la faillite ou liquidation des biens et leur impact négatif notamment sur la situation des créanciers chirographaires. Dès lors, la survenance de ces situations ne saurait, en soi, constituer un motif pour leur refuser leur efficacité normale¹⁰⁰.

Il s'agit là d'un point de vue qui ne fait pas l'unanimité, car une partie de la doctrine, s'appuyant sur certains principes restrictifs et sur une jurisprudence hésitante, considère que, « de l'état actuel des textes légaux, il semble se dégager que le législateur s'est réservé le pouvoir de fixer les causes de préférence qu'il accorde ou permet d'accorder à un créancier par rapport aux autres créanciers. Les juges n'ont pas à en reconnaître d'autres, pas plus qu'il

⁹⁶ J. Van RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, n° 2753.

⁹⁷ A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *loc. cit.*, p. 867.

⁹⁸ *Idem*, p. 867.

⁹⁹ Nous visons ici, on s'en doute, principalement celles qui ne sont pas expressément consacrées par la loi.

¹⁰⁰ Dans ce sens, P. Van OMMEFLAGHE, « Sûretés issues de la pratique et autonomie de la volonté », *loc. cit.*, p. 368.

n'appartient aux personnes d'en utiliser d'autres. Cette solution (...) se concilie avec les principes d'autonomie des volontés et d'opposabilité des conventions puisque le principe dégagé conduit à cela, mais à cela seulement, que les conventions qui ont pour but et qui auraient pour effet, n'était le principe, de déroger à la loi du concours en dehors des cas admis par le législateur, sont, non pas nulles, mais inopposables en cas de concours avec d'autres créanciers »¹⁰¹.

Cette objection fondamentale et protectrice des intérêts des créanciers chirographaires, que nous allons préciser au fur et à mesure qu'évolue l'examen des principes restrictifs de l'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours, permet d'entamer l'analyse des obstacles à l'efficacité de ces dernières avant de faire recours à l'éclairage de la jurisprudence et des textes légaux.

§3. Objections à l'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours

Il vient d'être dit que l'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours est controversée en dépit de la simplicité apparente des principes qui les sous-tendent; que les arguments avancés en faveur de leur inopposabilité aux tiers en cas de concours sont puisés dans les objections qui font l'objet du présent point. Il convient dès lors de les analyser tour à tour en exposant d'abord les restrictions inhérentes à l'acte lui-même (A) et ensuite celles découlant de la loi et/ou tendant à protéger les autres créanciers du débiteur failli (B).

Cette étude nous permettra de conforter notre position selon laquelle l'opposabilité de ces garanties constitue le principe, alors que leur inopposabilité, quand elles tombent sous le coup de l'une de ces objections, en est l'exception. Elle mettra ainsi en évidence le fait que c'est surtout du côté de ces objections à l'opposabilité des dites garanties qu'il faut se tourner pour améliorer le sort des créanciers chirographaires. D'où l'importance de leur examen ici.

¹⁰¹ Dans ce sens, I. MOREAU-MARGREVE, « Faut-il réviser les dispositions du Code civil en matière de sûretés et dans l'affirmative, quelles seraient les grandes orientations d'une révision ? », *loc. cit.*, p. 588 ; « Du nouveau à propos des cessions de créance », *loc. cit.*, pp. 151-152.

A. Restrictions inhérentes à l'acte

1°. Validité intrinsèque de l'acte

Pour que l'opposabilité aux tiers des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours soit admise, une validité intrinsèque de la convention qui les constitue s'impose avant tout, ce qui suppose que sa cause ne soit pas illicite.

A cet égard, les articles 6, 1131 et 1134 du Code civil belge permettent au juge, pour assurer le respect de l'ordre public et des bonnes mœurs, de scruter les mobiles des parties et de prononcer la nullité des conventions par lesquelles celles-ci poursuivent un but contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, même si l'objet de la convention ou ses clauses et conditions n'y sont pas, comme tels, contraires, auquel cas la nullité de la convention peut être poursuivie non seulement par les parties, mais aussi par les tiers¹⁰².

Comme l'enseigne Henri De PAGE¹⁰³, « la théorie de la cause considérée comme élément de validité des conventions au sens de l'article 1108 du Code civil, comme condition constitutive du contrat, ne concerne que la cause interne, ou stricto sensu. La cause « mobile-but » est tout autre chose. Dans l'obligation illicite ou immorale, en effet, il existe parfaitement une cause au sens strict du mot, une contrepartie. Mais l'illicéité vient du dehors. C'est parce que les parties, dans une convention, en soi régulière et parfaite au point de vue de ses éléments constitutifs, ont poursuivi un but contraire à la loi ou aux bonnes mœurs, ont fait d'une convention légalement formée au sens de l'article 1108 du Code civil un instrument en vue d'atteindre un résultat illicite, que l'obligation est frappée de nullité. En d'autres termes, dans la cause illicite, c'est moins l'article 1131 qui est en jeu que l'article 6 du Code civil, dont l'article 1133 n'est que la reproduction ».

¹⁰² Comp. Cass., 5 mars 199, *J.T.*, 2000, p. 200 et note critique J. KIRKPATRICK, « L'opposabilité au fisc des conventions illicites non simulées » : la Cour a admis, dans cet arrêt rendu en matière fiscale, qu'une convention non simulée conclue par un contribuable peut être déclarée inopposable à l'administration lorsqu'elle viole une disposition d'ordre public étrangère au droit fiscal dans le but de réduire la charge fiscale, p. 193, cité par A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *loc. cit.*, p. 868.

¹⁰³ H. De PAGE, *op. cit.*, 3^e éd., t. II, pp. 467-468.

Cet enseignement peut éclairer la situation en droit uniforme où la matière n'est pas encore harmonisée, et demeure donc régie par les dispositions nationales des Etats parties régissant la validité des conventions.

Pour plus de clarté, nous reprenons ici l'intéressante illustration de l'application des articles 6, 1131 et 1134 précités fournie par un arrêt du 8 septembre 1984 de la cour d'appel de Bruxelles¹⁰⁴, cité par M. ZENNER et Mme PEETERS¹⁰⁵. En effet, la banque Belgo Centrade avait mis en place un mécanisme particulier permettant à ses clients d'éluder l'impôt ; elle acheminait hors comptabilité des fonds de ceux-ci vers des banques étrangères qui les remplaçaient chez elle en leur nom mais pour le compte de ces clients, ce qui leur permettait d'échapper au précompte mobilier dont les établissements financiers étaient exonérés. Ayant découvert les faits, la Commission bancaire désigna le 9 mai 1979 un commissaire spécial à la suite de l'arrestation de l'administrateur-directeur de la banque belge et prit des mesures de suspension, d'abord partielle, puis totale de ses activités, de sorte que celle-ci fut mise en liquidation, puis déclarée en faillite par jugement du 6 juillet. Entre-temps, l'imminence de la déconfiture de la banque devenue notoire, l'un des clients de la banque Belgo Centrade s'était fait céder le 7 juin la créance qu'avait sur celle-ci une banque suisse du fait d'un dépôt fiduciaire effectué pour compte de ce client. L'objectif était d'échapper ainsi à l'interdiction de remboursement des dépôts fiduciaires édictée par la Commission bancaire à l'égard de la banque Belgo Centrade et de pouvoir invoquer la compensation avec sa propre dette envers la banque belge, résultant d'une ouverture de crédit de celle-ci du même montant.

La doctrine tout comme la jurisprudence sont d'ailleurs unanimes à considérer que le bénéfice de la compensation doit être écarté lorsque celle-ci est le résultat d'un artifice, c'est-à-dire lorsque l'opération de base a été effectuée uniquement en vue de rendre une compensation légale possible dans la perspective d'un concours imminent, alors que le débiteur se trouvait déjà en état de cessation de paiement et d'ébranlement du crédit¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Bruxelles, 8 septembre 1984, *R.D.C.*, 1985, p. 277 et note D. DEVOS, « Propos sur la répression de la fraude en droit privé », *R.D.C.*, 1985, p. 283.

¹⁰⁵ A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *loc. cit.*, p. 868.

¹⁰⁶ C'est pour cette raison que la cession de créance consentie artificiellement pour échapper à l'irrecevabilité de l'action est tout aussi entachée d'une cause illicite : Cass., 17 mars 1972, *Pas.*, 1972, I, p. 665. Voir également, Fr. T'KINT, *op. cit.*, 4^e éd., p. 95 et références citées ; A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *ibid.*, p. 868.

On cite généralement, pour illustrer cette position, le cas d'un failli qui, ayant toujours été acheteur, devient brusquement, à la suite d'une vente isolée dépourvue de justifications raisonnables, créancier de son fournisseur en lui livrant des marchandises ou en lui cédant une créance à quelques jours du jugement déclaratif. Après requalification de la vente ou de la cession en dation en paiement déguisée, celle-ci est déclarée inopposable à la masse par application de l'article 17, 2°, de la loi sur les faillites et la compensation rejetée, la créance du failli contre son créancier étant fictive¹⁰⁷.

En rapport avec le cas soumis à la cour d'appel de Bruxelles, on peut constater que la compensation ne résultait cependant pas d'une cession par la banque Belgo Centrade mais par un tiers, de sorte que les inopposabilités de la période suspecte ne pouvaient pas être opposées au client de la banque. Pour écarter la cession, la cour d'appel de Bruxelles a considéré qu'elle était affectée d'une cause illicite, le mobile déterminant des deux parties étant d'échapper artificiellement aux effets d'un concours notoirement imminent¹⁰⁸.

Tout récemment, la Cour de cassation a décidé, dans son arrêt du 12 octobre 2000¹⁰⁹, concernant un carrousel à la taxe sur la valeur ajoutée, qu'est frappée de nullité absolue, pour avoir une cause illicite, une convention qui a pour but d'organiser une fraude envers des tiers dont les droits sont protégés par une législation d'ordre public et qu'il suffit à cet effet que l'une des parties ait contracté à des fins illicites, sans qu'il ne faille que ces fins soient connues du cocontractant. Cet arrêt met en tout cas fin à la controverse autour de cette question, la majorité des auteurs estimant que le mobile illicite devait être commun aux deux parties, faute de quoi il demeurerait étranger au concept de cause tel que l'envisagent les articles 1131 et suivants du Code civil¹¹⁰.

¹⁰⁷ V. P. COPPENS et Fr. T'KINT, « Examen de jurisprudence (1984 à 1990) », *loc. cit.*, spéc. n° 99, p. 503 et les réf. ; J. Van RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, t. IV, n° 2726 ; A. ZENNER, *op. cit.*, n° 1051 et n° 1052.

¹⁰⁸ V. A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *loc. cit.*, p. 868, qui notent que les critères d'appréciation de la validité de l'opération sont, en d'autres termes, analogues à ceux des articles 17 à 20, de la loi sur les faillites. Ces critères sont, *mutatis mutandis*, analogues à ceux des articles 67 à 69 de l'Acte uniforme OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

¹⁰⁹ Cass., 12 octobre 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 1508, cité par A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *ibid.*, p. 868.

¹¹⁰ D. DEVOS, « Propos sur la répression de la fraude en droit privé », *loc. cit.*, p. 288.

2°. Opposabilité – Exception de forme – Date des actes

Nous avons déjà eu l'occasion de mentionner, lors de l'examen de l'opposabilité à la masse des actes du failli accomplis avant le dessaisissement, qu'à compter du jour du jugement d'ouverture, les formalités auxquelles est subordonnée l'opposabilité de certains actes et opérations aux tiers ne peuvent plus être accomplies, car le dessaisissement s'y oppose. Il appartient, bien entendu, dès lors aux tiers d'apporter la preuve de la date des actes qu'ils opposent aux curateurs ou syndics, lorsque ceux-ci agissent aux droits de la masse. Il s'en suit que les curateurs ou syndics peuvent, à défaut de date certaine, opposer le caractère suspect de ces actes.

On note¹¹¹, en guise d'illustration, que tel était, jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi du 6 juillet 1994, le cas de l'opposabilité de la cession de créance, que, dans le régime antérieur, l'article 1690 du Code civil belge subordonnait à la signification de la cession au débiteur cédé ou à son acceptation de la cession dans un acte authentique ; que tel est toujours le cas de l'opposabilité de la cession d'actions non entièrement libérées qui doit être publiée dans le registre des actionnaires, faute de quoi le cédant ne pourra pas l'invoquer pour échapper à des appels de fonds postérieurs (article 507, L. soc.) ou de l'opposabilité de la cession de droits réels ou de baux de plus de neuf ans, qui est subordonnée à la transcription ou inscription dans les registres du conservateur des hypothèques (article 1^{er}, L. hypothécaire).

3°. Contre-lettres – Simulation

La matière est régie par l'article 1321 du Code civil belge¹¹² aux termes duquel « les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes : elles n'ont point d'effet contre les tiers ». Cette disposition concerne le cas où les parties concluent simultanément deux conventions, l'une apparente et l'autre, secrète, qui a pour objet de détruire totalement ou partiellement les effets de la convention apparente mais qui exprime la volonté réelle des parties¹¹³.

¹¹¹ A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *loc. cit.*, p. 868.

¹¹² La question n'étant pas harmonisée en droit uniforme OHADA, on se référera aux dispositions légales régissant la matière dans les Etats parties.

¹¹³ P. Van OMMESLAGHE, « La simulation en droit des obligations », *Les obligations contractuelles*, éd. Jeune barreau de Bruxelles, 2000, p. 147.

Henri De PAGE enseigne, en effet, la même chose lorsqu'il note qu'il y a simulation lorsque les parties font un acte apparent dont elles conviennent de modifier ou de détruire les effets par une autre convention, demeurée secrète¹¹⁴.

En matière de simulation, il n'existe au fond qu'une seule convention réelle, la convention secrète appelée encore contre-lettre, tandis que la convention apparente s'appelle acte ostensible¹¹⁵.

Licite en soi, à moins qu'elle ne tende à éluder l'application d'une loi d'ordre public ou impérative, la simulation n'opère pas vis-à-vis des tiers : la contre-lettre leur est inopposable. L'on considère d'ailleurs que l'acte ostensible, qui n'est qu'une façade, n'est naturellement pas pris en considération dès que la situation réelle est révélée, de sorte que ne subsiste qu'un acte illicite, sanctionné comme tel¹¹⁶.

Il sied de préciser enfin que les tiers doivent être de bonne foi, c'est-à-dire qu'ils n'aient pas eu ou n'aient pas dû avoir connaissance de la situation réelle, pour qu'ils puissent se prévaloir de la disposition citée ci-dessus¹¹⁷.

B. Restrictions découlant de la loi et / ou tendant à protéger les créanciers du débiteur

1°. Les restrictions à l'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours portées par certaines dispositions légales spécifiques

Les garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours peuvent être contestées lorsque des règles spécifiques sont prévues par le législateur. C'est autant dire que certaines

¹¹⁴ H. De PAGE, *op. cit.*, 3^e éd., t. II, p. 618.

¹¹⁵ *Idem*, p. 618.

¹¹⁶ J. GHESTIN (sous la direction de), *Traité de droit civil. Introduction générale*, 4^e éd., Paris, L.G.D.J., 1994, p. 800, qui précise, en outre, que la simulation résultant de l'apparence trompeuse est frauduleuse parce qu'elle constitue une ruse visant à violer la loi. Elle ne peut cependant pas être confondue avec d'autres opérations, comme l'acte fictif, l'acte déguisé, le prête-nom, la fraude paulienne, la fraude à la loi, (Voir P. Van OMMESLAGHE, « La simulation en droit des obligations », *op. cit.*, numéros 20 et s., cité par A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *loc. cit.*, p. 868).

¹¹⁷ Dans ce sens, Cass. 11 déc. 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 449 ; R.C.J.B., 1993, p. 49 et note D. PHILIPPE, « La simulation et la protection des tiers ».

dispositions légales spécifiques peuvent s'opposer de manière expresse à l'opposabilité des effets externes de certains mécanismes conventionnels.

La loi belge sur les faillites ainsi que l'Acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif comportent, en effet, certaines de ces règles. On peut citer, en premier lieu, les articles 17 à 20 de la loi sur les faillites et les articles 67 à 69 de l'Acte uniforme précité, qui prévoient que le curateur ou syndic peut faire déclarer inopposables à la masse¹¹⁸, au même titre que n'importe quels actes juridiques, des conventions conclues pendant la période suspecte, pour autant que soient remplies les conditions précisées par ces textes.

Les articles 101, alinéa 2, de la loi sur les faillites et 103, alinéa 2, de l'Acte uniforme précité, prévoient, quant à eux, les conditions limitatives sous lesquelles est opposable à la masse faillie la clause de réserve de propriété qui peut grever la vente d'une chose.

Le Code judiciaire belge contient, par ailleurs, un article 1385 *sexies* qui prévoit que les astreintes encourues avant le jugement déclaratif ne sont pas admises au passif de la faillite.

C'est dans le même ordre d'idées qu'on peut penser aux dispositions des articles 23 à 26 de la loi sur les faillites et 75 de l'Acte uniforme précité, prohibant les voies d'exécution contre le failli ou prescrivant l'arrêt des saisies des créanciers chirographaires ou titulaires de privilèges généraux et la suspension des voies d'exécution de créanciers titulaires de sûretés ou d'un privilège spécial et à celles des articles 73 et 80 à 82 de la loi sur les faillites à propos de l'excusabilité du failli, qui emporte l'extinction de ses dettes.

Le Code civil nous fournit également une disposition de ce genre : son article 1298 dispose, en effet, que « la compensation n'a pas lieu au préjudice des droits acquis à un tiers ». Au regard de motifs avancés lors de l'examen de la connexité, l'on se gardera, toutefois, de penser que cette disposition porte préjudice à l'opposabilité de la connexité¹¹⁹.

¹¹⁸ Dans ce sens, Y. GUYON, « Le droit des contrats à l'épreuve du droit des procédures collectives », *Etudes offertes à Jacques GHESTIN*, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 415, qui précise qu'en France, il ne s'agit pas de l'inopposabilité, comme c'est fut le cas sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967, mais plutôt de la nullité, sans doute en raison de la disparition de la masse dans la loi du 25 janvier 1985.

¹¹⁹ A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *loc. cit.*, p. 869 et les références citées en appui à cette position.

La loi hypothécaire belge prévoit aussi à l'article 20, 5°, alinéa 7, que la déchéance de l'action revendicatoire emporte également celle de l'action en résolution à l'égard des autres créanciers.

On peut mentionner enfin les restrictions à l'opposabilité des conventions constitutives de sûreté réelle et des conventions de *netting* prévues par l'article 15. § 1^{er} de la loi belge du 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières.

Toutes ces dispositions forment, en définitive, les bases légales des exceptions aux effets externes des conventions sous examen inspirées par des intérêts particuliers que le législateur a préférés à celui des créanciers : la sauvegarde des droits des tiers d'une part et la possibilité pour le failli d'effacer les stigmates du jugement déclaratif d'autre part¹²⁰.

2°. L'adage « pas de privilège sans texte » et l'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours

Pour rappel, la loi seule peut établir des privilèges ; ils ne peuvent être créés par la seule volonté des parties, affirme la Cour de cassation belge¹²¹. En dehors d'un texte législatif, le pouvoir réglementaire ou la convention ne peuvent, soutient la doctrine relative au droit uniforme OHADA, créer de nouveaux privilèges¹²².

La règle est, en effet, l'égalité absolue des créanciers, sauf dans les cas où la loi, qui est la seule source des privilèges, en dispose autrement¹²³. D'où l'adage « pas de privilège sans texte »¹²⁴, qui « résulte de ce que les questions relatives à l'opposabilité aux tiers des droits réels ou réalisés relèvent nécessairement du pouvoir législatif, car les individus n'ont d'autonomie que dans la sphère des conventions qu'ils concluent et qui les obligent sans nuire aux tiers. Le débiteur ne pourrait donc, par convention, avec un de ses créanciers, décider que

¹²⁰ A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *loc. cit.*, p. 870.

¹²¹ Cass., 2 nov. 1883, *Pas.*, 1883, I, p. 364 ; Cass., 8 mai 1886, *Pas.*, 1886, I, p. 193 ; *J.T.*, 1886, p. 1277.

¹²² Fr. ANOUKAHA et al., *op. cit.*, p. 237, qui souligne que cette position est conforme aux constitutions africaines de la zone franc.

¹²³ H. De PAGE, *op. cit.*, vol. I, t. VII, p. 19 ; dans ce sens, I. MOREA-MARGREVE, « Evolution du droit et de la pratique en matière de sûretés », *loc. cit.*, pp. 100-101.

¹²⁴ H. De PAGE, *ibid.*, t. VII, vol. I, p. 19.

la créance de celui-ci sera privilégiée sur tel ou tel bien, par rapport à tel ou tel créancier, tiers à la convention »¹²⁵.

Cet adage est parfois invoqué en jurisprudence pour refuser tout effet à certaines formes de garanties conventionnelles. La Cour d'appel de Bruxelles n'a pas hésité à considérer, par exemple, dans un arrêt du 25 mai 1932, « que s'il est interdit et contraire à l'ordre public de se créer un privilège en dehors des conditions prévues par la loi, il est, *a fortiori*, interdit et contraire à l'ordre public de se créer, en dehors de ces conditions, une garantie consistant dans l'appropriation des biens du débiteur »¹²⁶.

Mais l'on peut y voir une façon de donner à l'adage une portée qu'il n'a pas, en confondant la notion de garantie et celle de privilège, que l'article 12 de la loi sur les hypothèques définit comme étant un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires, sur tout ou partie du produit de la réalisation du patrimoine de leur débiteur selon que le privilège est général ou spécial¹²⁷. En effet, le caractère limitatif de la liste des privilèges institués par la loi hypothécaire ou par des lois spéciales¹²⁸ et l'interprétation stricte qu'ils commandent¹²⁹ interdisent de considérer les autres mécanismes permettant d'échapper au concours comme un privilège, même s'ils ont incontestablement pour effet d'avantager un créancier au détriment des autres¹³⁰.

¹²⁵ M. GREGOIRE, *op. cit.*, p. 31.

¹²⁶ Bruxelles, 25 mai 1932, *J.P.A.*, 1932, p. 256 ; dans le même sens, Civ. Liège, 6 oct. 1982, *J.L.*, 1983, p. 196, cité par A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *loc. cit.*, p.871.

¹²⁷ *Idem*, p. 872, et références citées.

¹²⁸ M. GREGOIRE, *ibid.*, p. 39, qui parle de catalogue précis (des privilèges) déterminé par le législateur.

¹²⁹ H. De PAGE, *op. cit.*, t. VII, vol. I, p. 20 ; Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 91.

¹³⁰ F. T'KINT, *ibid.*, p. 91 ; dans ce sens, N. THIRION, « La théorie de l'égalité des créanciers en concours d'une personne morale en liquidation : nouveaux enseignements de la Cour de cassation », *loc. cit.*, p. 192, qui relève également (pp. 196-197) que « l'institution de la compensation après concours de dettes connexes met (...) particulièrement bien en lumière la relativité de l'adage « pas de privilège sans texte », puisque celui-ci paraît ne pas s'opposer à la mise en œuvre d'un mécanisme qui a pourtant pour effet d'avantager un créancier au détriment des autres créanciers en concours » ; A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *ibid.*, p.872. Aussi, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, « De l'application stricte des privilèges », *D.*, 1994, II, p. 13, considèrent-ils que le texte de l'article 2095 du Code civil français selon lequel « le privilège est un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires », combiné aux articles 2093 et 2094, constitue le socle du principe général d'interprétation stricte des privilèges, en vertu duquel toute dérogation à la règle d'égalité entre les créanciers, pour « causes légitimes », ne peut être accordée que par une loi et limitée aux seuls cas qu'elle envisage expressément.

Il n'empêche cependant que certaines clauses tendent à instituer une garantie à laquelle la loi attache un privilège, comme celle qui découle du gage, sans en respecter les formalités impératives de constitution ou de réalisation. Ainsi, renseignent pertinemment M. ZENNER et Mme PEETERS¹³¹, une clause du règlement des opérations d'une banque selon laquelle « toutes les sommes, valeurs et biens détenus par la banque pour compte d'un client garantissent les dettes de ce dernier envers elle. En cas de retard apporté par le client à s'acquitter de ses obligations, la banque est autorisée à réaliser lesdites valeurs et biens dans les formes prescrites par la loi » prête-t-elle le flanc à requalification comme gage irrégulier lorsque la banque en invoque non seulement les effets personnels mais aussi entend lui conférer des effets réels pour lui permettre de mettre la main sur des biens corporels.

3°. Le principe de l'égalité des créanciers et l'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours

Le principe de l'égalité des créanciers est souvent invoqué pour faire échec à l'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours et pourtant il ne constitue pas moins une notion à géométrie variable¹³².

Sacralisée par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui lui a donné dans l'abstrait un prestige qui tend à lui rester attaché lorsqu'elle est appliquée à des rapports sociaux particuliers¹³³, la règle de l'égalité des citoyens occupe une place de choix dans les constitutions des Etats démocratiques¹³⁴, en même temps qu'il constitue un principe général en droit public et administratif, qui s'oppose à toute discrimination entre administrés¹³⁵.

¹³¹ A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *loc. cit.*, p.872 et les références citées, notamment Bruxelles, 15 juin 2001, *R.D.C.*, 2002, p. 839 ; X. DIEUX, « Le contrat : instrument et objet de dirigisme », *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, 1984, pp. 287 et s., numéros 12 et 13.

¹³² V. M. CABRILLAC, « Les ambiguïtés de l'égalité entre les créanciers », *loc. cit.*, p. 34 ; N. THIRION, « L'égalité et le droit commercial : un rapport à géométrie variable », note sous Liège, 17 janvier 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1363 ; A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *ibid.*, p. 870.

¹³³ M. CABRILLAC, « Les ambiguïtés de l'égalité entre les créanciers », *loc. cit.*, p. 31.

¹³⁴ Elle est inscrite notamment dans la Constitution belge aux articles 10 et 11 et s'oppose ici à tout traitement discriminatoire par le législateur. On la retrouvera certainement dans les différentes constitutions des Etats membres de l'OHADA.

¹³⁵ V. A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *ibid.*, p. 870.

L'égalité des créanciers, qui fait l'objet de la présente étude, est traitée par un éminent auteur¹³⁶ comme « une auberge espagnole où chacun apporte ce qu'il veut y trouver (...) », même si elle reste fréquemment invoquée par les hommes de doctrine et les juges dans cette branche du droit.

L'équivoque qui s'en suit sur ses contours et sur la place qu'elle tient ou devrait tenir sur l'échiquier juridique n'est pas sans conséquence fâcheuse sur le droit du crédit et des procédures collectives. Elle alimente, en effet, les controverses sur l'opposabilité ou non des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours, car des réponses divergentes sont apportées à la question de savoir si le principe d'égalité des créanciers interdit la mise en œuvre de ces garanties nonobstant la survenance du concours né de la faillite ou liquidation des biens.

a) Justification de l'opposabilité

Pour rappel, les articles 7 et 8 de la loi hypothécaire belge, reproduisant les articles 2092 et 2093 du Code civil français, consacrent le droit de gage général des créanciers sur le patrimoine de leur débiteur. Ils se complètent par l'article 9 de ladite loi (article 2094 du Code civil français), selon lequel les causes légitimes de préférence sont les privilèges et les hypothèques. Il en résulte que, sauf exception, l'ensemble des biens du débiteur est affecté à l'exécution de ses obligations envers ses créanciers et que ceux-ci doivent, en cas de concours, être traités sur un pied d'égalité, sauf, on vient de le voir, les exceptions que seule la loi a la possibilité de prévoir sous la forme des privilèges ou des hypothèques¹³⁷.

Le principe de l'égalité des créanciers, dont l'article 8 de la loi hypothécaire, constitue le fondement légal formel, constitue le corollaire d'une situation de concours en cas de liquidation déficitaire¹³⁸. Ainsi, à défaut d'antériorité entre droits de créance ou de causes de préférence de certains sur d'autres, les droits des créanciers ne peuvent être satisfaits, lorsque

¹³⁶ M. CABRILLAC, « Les ambiguïtés de l'égalité entre les créanciers », *loc. cit.*, pp. 31-32 ; dans ce sens, Fr. POLLAUD-DULIAN, « Le principe d'égalité dans les procédures collectives », *JCP*, I., 1998, p. 969, qui considère, en outre, le principe d'égalité entre les créanciers comme un classique du droit des procédures collectives.

¹³⁷ P. Van OMMESLAGHE, « Sûretés issues de la pratique et autonomie de la volonté », *loc. cit.*, p. 374.

¹³⁸ A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *loc. cit.*, p.870 ; cf. aussi, M. GREGOIRE, *op. cit.*, p. 22, qui note que l'égalité des créanciers n'a de sens que si la liquidation est déficitaire.

leur gage commun ne le permet pas intégralement, que par son partage égalitaire¹³⁹. L'on affirme dès lors que l'article 8 de la loi hypothécaire, loin d'imposer ce qui doit être, constate ce qui est à telle enseigne que l'égalité des créanciers n'est rien d'autre qu'une nécessité purement technique¹⁴⁰ et ne peut donc pas trouver application dans une autre perspective.

Fort de ce qui précède, nous pouvons soutenir non seulement que l'article 8 de la loi hypothécaire n'a comme unique objet que le partage du patrimoine du débiteur, mais aussi que le principe de l'égalité qu'il énonce n'a d'autre vocation que de régir la situation des créanciers en concours et ne joue que pour ce partage¹⁴¹.

Il y a lieu d'observer par ailleurs que le caractère d'ordre public des dispositions ci-dessus citées ne concerne que les biens qui font partie du patrimoine du débiteur affecté à la garantie générale de ses créanciers et, par conséquent, il ne concerne que les sûretés dites réelles, à l'exclusion de celles qui sont données par des tiers ; ensuite, que le concours et l'égalité des créanciers ont pour conséquence que les débiteurs ne peuvent, par des accords avec leurs créanciers, modifier conventionnellement l'ordre de paiement des créances dans des conditions qui seraient opposables aux autres créanciers ou au curateur de faillite, encore que ce principe ne vaut-il que pour les accords qui auraient pour effet d'avantager le créancier qui y est partie¹⁴² ; enfin, que la règle n'exclut pas davantage toute intervention de l'autonomie de la volonté dans la détermination des causes de préférence prévues par la loi, correspondant à des sûretés traditionnelles¹⁴³.

¹³⁹ A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *loc. cit.*, p. 870.

¹⁴⁰ M. GREGOIRE, *op. cit.*, p. 429 ; dans ce sens aussi, A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *ibid.*, p.870. Voir enfin A.-M. STRANART, « Rapport de synthèse », *loc. cit.*, FEDUCI, pp. 569-570, qui soutient que l'essentiel de la règle d'égalité des créanciers est de nature technique estimant que son fondement historique le montre, son fondement juridique l'indique et ses limites le prouvent.

¹⁴¹ A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *ibid.*, p.870 ; M. GREGOIRE, *ibid.*, p. 430 ; Ph. GERARD, « La règle de l'égalité entre les créanciers d'une société commerciale en liquidation », *R.C.J.B.*, 1977, p. 639 ; P. Van OMMESLAGHE, « Sûretés issues de la pratique et autonomie de la volonté », *loc. cit.*, p. 376.

¹⁴² Car la renonciation au bénéfice du rang auquel un créancier a légalement droit est parfaitement valable ; elle sortit ses effets envers les autres tiers qui en bénéficient (P. Van OMMESLAGHE, « Sûretés issues de la pratique et autonomie de la volonté », *ibid.*, p. 375).

¹⁴³ V. P. Van OMMESLAGHE, « Sûretés issues de la pratique et autonomie de la volonté », *ibid.*, pp. 375 et s.

La portée réelle du principe n'implique donc pas que les sûretés doivent disparaître et qu'il faille assimiler les créanciers chirographaires et ceux qui se sont garantis ; le principe signifie simplement que doivent être traités de la même manière des créanciers dans une situation équivalente¹⁴⁴. Il interdit dès lors, et prime en ce sens les conventions, les conventions par lesquelles le débiteur et l'un de ses créanciers, ou certains créanciers entre eux, porteraient atteinte aux droits que ces articles confèrent aux autres créanciers¹⁴⁵. Le débiteur ne peut par conséquent convenir avec un de ses créanciers, en dehors des causes de préférence légale, que son patrimoine ne sera pas entièrement grevé au profit des autres créanciers du gage général établi par les articles 7 et 8 de la loi hypothécaire¹⁴⁶.

En revanche, le principe de l'égalité des créanciers ne s'oppose pas à ce qu'un créancier privilégié renonce à sa cause de préférence ; qu'un créancier ordinaire puisse accepter de subordonner le paiement de sa créance à celui de tous les autres créanciers ou de certains d'entre eux ; que l'ensemble des créanciers puissent aussi décider d'avantager l'un d'entre eux¹⁴⁷.

Il ne fait pas davantage obstacle au fonctionnement normal de toutes les institutions de garantie autres que le privilège, dès lors qu'il ne s'agit pas de donner à un créancier un rang meilleur dans la répartition du prix de la vente des biens du débiteur¹⁴⁸.

Ainsi, la Cour de cassation a-t-elle décidé par un arrêt du 11 octobre 1985¹⁴⁹ que la seule violation de la notion d'égalité des créanciers est insuffisante pour justifier l'inopposabilité

¹⁴⁴ C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Rapport de synthèse du colloque portant sur les sûretés et les procédures collectives : morceaux choisis », *Petites affiches*, 20 septembre 2000, n° 188, p. 44.

¹⁴⁵ A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *loc. cit.*, p.870 ; dans ce sens, P. Van OMMESLAGHE, « Sûretés issues de la pratique et autonomie de la volonté », *loc. cit.*, pp. 379-385.

¹⁴⁶ A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *ibid.*, p.870.

¹⁴⁷ *Idem*, p. 870.

¹⁴⁸ V. Comm. Charleroi, prés., 16 février 2001, *R.D.C.*, 2002, p. 69 ; P. Van OMMESLAGHE, « Sûretés issues de la pratique et autonomie de la volonté », *ibid.*, p. 377 ; A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *ibid.*, p.870. Cette position est soutenue clairement par I. VEROUGSTRAETE, « Dettes de masse, privilèges et monnaie de faillite », *loc. cit.*, pp. 18 et s., spéc. n° 23 bis, p. 33 ; *op. cit.*, éd. 2003, pp. 447 et 448, lorsqu'il note, en évoquant les mécanismes de garantie conventionnels, qu'il est parfaitement concevable que des créanciers anciens disposent d'un droit échappant à la règle du concours, alors même qu'ils n'ont aucun privilège à faire valoir.

¹⁴⁹ Cass., 11 octobre 1985, *Pas.*, 1986, I, p. 150 ; *J.T.*, 1986, p. 290 ; P. COPPENS et Fr. T'KINT, « Examen de jurisprudence », *loc. cit.*, n° 117, p. 525.

d'un acte antérieur au jugement déclaratif. Il s'agissait d'une espèce où la garantie résidait dans la faculté, conférée à un fournisseur de combustibles, de racheter le stock encore en possession de l'exploitant en cas de changement d'exploitation d'une station-service et où le curateur à la faillite de l'ancien exploitant prétendait voir requalifier la reprise en dation en paiement inopposable¹⁵⁰.

Il importe de préciser enfin que c'est au moment du concours que les droits des créanciers s'affrontent sur les biens du débiteur ; jusqu'au concours, le respect de l'égalité des créanciers ne s'impose pas au débiteur, de sorte que, jusqu'à ce moment, non seulement les conventions intervenues entre parties peuvent normalement déployer leurs effets, mais aussi et surtout le débiteur n'est pas tenu, comme le commande ultérieurement cette règle, de payer proportionnellement ses créanciers¹⁵¹.

L'article 8 de la loi hypothécaire ne s'oppose donc pas au paiement des dettes échues ainsi qu'à la « loi de la course »¹⁵² ; le créancier le plus diligent peut bénéficier paisiblement du paiement obtenu après la réalisation des biens saisis : aucun créancier agissant postérieurement ne pourrait, sauf fraude, le priver des effets libératoires du paiement obtenu à l'issue des poursuites¹⁵³.

¹⁵⁰ A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *loc. cit.*, p.870.

¹⁵¹ *Idem*, p. 870. Les auteurs précisent à juste titre que c'est sans préjudice de la responsabilité civile des administrateurs de la société future faillie en cas de méconnaissance systématique de ses obligations à l'égard du fisc et de l'O.N.S.S. pour favoriser la poursuite d'une activité déficitaire. Voir également, I. MOREAU-MARGREVE, « Du nouveau à propos des cessions de créance », *loc. cit.*, p. 151.

¹⁵² Bruxelles, 6 octobre 1998, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1326, cité par A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *ibid.*, pp.870-871.

¹⁵³ M. GREGOIRE, *op. cit.*, p. 45. C'est cette situation qu'explique clairement M. T'KINT, *op. cit.*, p. 53, lorsqu'il écrit que jusqu'au concours, « l'égalité des créanciers est toute théorique et se traduit seulement par la circonstance que tous disposent, sans distinction, d'un recours identique sur tous les biens de leur débiteur. Dans les faits, la situation des créanciers est même, au contraire, très inégalitaire. Certains, plus menaçants, plus pressants, obtiendront paiement au détriment des autres, plus négligents ou plus confiants, qui risquent ultérieurement, lorsqu'ils se décideront à poursuivre l'exécution de leurs droits (ou produiront à la faillite du débiteur), de n'être que partiellement payés... ».

b) Justification de l'inopposabilité

Les tenants¹⁵⁴ de la thèse de l'inopposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours au motif qu'elles heurtent le principe de l'égalité des créanciers partent de la question primordiale consistant à savoir s'il y a place pour d'autres exceptions à la loi du concours que celles qui sont expressément reprises à l'article 8 de la loi hypothécaire, à savoir les privilèges, en ce compris les gages de toutes sortes, et les hypothèques.

Après avoir fait remarquer d'emblée que le législateur peut à l'évidence apporter d'autres dérogations à la loi du concours et la nécessité qu'il y a, lorsque le législateur veut octroyer un droit exclusif, de le faire dans la clarté en raison même de l'effet perturbateur de pareille faveur, l'on estime qu'il y a bien sûreté réelle lorsque le législateur confère à un créancier, pour lui assurer le paiement de sa dette, un droit exclusif sur un droit de créance dont est titulaire son débiteur¹⁵⁵.

Certains mécanismes juridiques, constate-t-on, par ailleurs, dont la justification première n'est pas de fournir une garantie de paiement à un créancier seraient de nature à la leur assurer, parfois même plus fermement que ne le ferait une sûreté¹⁵⁶. L'on fait allusion à l'action en résolution et à la compensation en précisant que cet effet potentiel de garantie des mécanismes en cause a été perçu par le législateur, de manière totale en ce qui concerne la compensation – sous réserve évidemment de l'évolution qu'a connue cette institution qui va dans le sens de l'assouplissement comme on l'a vu et on le verra encore plus loin – puisqu'une des conditions de celle-ci est précisément l'absence de concours avec d'autres créanciers (article 1298 du Code civil belge) ; de manière ponctuelle, s'agissant de l'action en résolution puisque celle-ci n'est fortement limitée en cas de concours qu'en ce qui concerne le vendeur de meubles (article 20, 5°, de la loi hypothécaire)¹⁵⁷. Et l'on en dégage l'indication suivante sur la perspective dans laquelle s'inscrit l'action législative : des mécanismes qui ne

¹⁵⁴ Nous pensons notamment à Mme MOREAU-MARGREVE qui l'a vigoureusement et pertinemment défendue dans divers rapports percutants : « Evolution du droit et de la pratique en matière de sûretés », *loc. cit.*, p. 192 ; « Faut-il réviser les dispositions du Code civil en matière de sûretés et dans l'affirmative, quelles seraient les grandes orientations d'une révision ? », *loc. cit.*, pp. 585 et s. ; « Du nouveau à propos des cessions de créance », *loc. cit.*, pp. 149 et s., spéc. pp. 151-153.

¹⁵⁵ I. MOREAU-MARGREVE, « Faut-il réviser les dispositions du Code civil en matière de sûretés et dans l'affirmative, quelles seraient les grandes orientations d'une révision ? », *ibid.*, pp. 585-586, qui précise qu'il en va ainsi dans les cas d'actions directes où l'on voit un créancier avoir le droit de réclamer à son bénéficiaire exclusif l'exécution d'une obligation contractuelle que devrait normalement à son débiteur un cocontractant de celui-ci.

¹⁵⁶ *Idem*, p. 586.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 586.

sont assurément pas des sûretés réelles parce que leur raison d'être n'est pas de conférer à un créancier un droit de préférence par rapport aux autres créanciers, sont écartés – plus ou moins nettement – lorsqu'ils produiraient cet effet¹⁵⁸. Cette position doit néanmoins être aujourd'hui nuancée au regard de l'évolution jurisprudentielle et législative en la matière, comme on le verra ci-dessous.

Se décline alors la question capitale de savoir si l'on peut reconnaître à un créancier, en cas de concours avec d'autres créanciers, un droit de préférence sur un bien ou un ensemble de biens par le biais d'autres mécanismes que ceux qu'offre à cette fin le législateur. Mme MOREAU-MARGREVE s'écarte de l'opinion de ceux qui résolvent aisément cette question en se fondant sur la combinaison des principes de base de l'autonomie des volontés et de l'opposabilité des conventions aux tiers, le principe d'égalité des créanciers ne signifiant selon eux qu'une égalité de distribution selon la loi de la proportionnelle entre créanciers qui ne peuvent se prévaloir d'aucun autre droit que leur droit de gage général ; une opinion qu'elle considère comme présentant assurément le mérite de la simplicité mais qui, outre qu'elle donne à l'article 8 de la loi hypothécaire valeur de truisme, découvre en réalité la solution du problème dans l'amplification de l'une de ses coordonnées ; c'est à l'évidence parce qu'existent, estime-t-elle, dans l'ordre juridique belge les principes d'autonomie des volontés et d'opposabilité des conventions aux tiers que se pose la question si ces principes permettent de multiplier les causes de préférence reconnues par le législateur¹⁵⁹.

Elle conclut, au regard de tout ce qui précède, que « de l'état actuel des textes légaux, il semble se dégager que le législateur s'est réservé le pouvoir de fixer les causes de préférence qu'il accorde ou permet d'accorder à un créancier par rapport aux autres créanciers. Les juges n'ont donc pas à en reconnaître d'autres, pas plus qu'il n'appartient aux personnes d'en utiliser d'autres. Cette solution, estime-t-elle, se concilie avec les principes d'autonomie des volontés et d'opposabilité des conventions puisque le principe dégagé conduit à cela, mais cela seulement, que les conventions qui ont pour but et qui auraient pour effet, n'était le principe, de déroger à la loi du concours en dehors des cas admis par le législateur, sont non pas nulles, mais inopposables en cas de concours avec d'autres créanciers »¹⁶⁰.

¹⁵⁸ I. MOREAU-MARGREVE, « Faut-il réviser les dispositions du Code civil en matière de sûretés et dans l'affirmative, quelles seraient les grandes orientations d'une révision ? », *loc. cit.*, p. 586.

¹⁵⁹ *Idem*, p. 587.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 588.

Mme MOREAU-MARGREVE s'insurge, en outre, contre ceux qui voient dans le principe d'égalité des créanciers en cas de concours une signification d' « une nécessité purement technique » et adhère volontiers à l'opinion selon laquelle ce principe tient à la philosophie même de l'ordre juridique belge et constitue un principe général du droit, les articles 7, 8 et 9 de la loi hypothécaire ne constituant dès lors que des applications dudit principe¹⁶¹. Nous aurons l'occasion de préciser toutes ces positions au moment de l'examen de l'arrêt de la Cour de cassation belge du 17 octobre 1996.

En un mot comme en plusieurs, on fait valoir ici que c'est seulement au moment du concours que seront paralysés les effets des conventions qui créent une sûreté légale non prévue par la loi, car, avant le concours, aucune égalité ne peut, on s'en doute, régner entre les créanciers si bien que toute convention ayant pour effet de créer en faveur d'un créancier et au détriment des autres créanciers « une préférence dépourvue de cause légitime » ne peut être frappée de nullité dans la mesure où au moment de sa conclusion, elle ne viole pas une règle dont le respect serait, à ce moment, mis en cause¹⁶².

c) Appréciation des arguments en faveur de l'inopposabilité et conclusion

Il devient superflu de souligner combien la portée du principe de l'égalité des créanciers en concours constitue un casse-tête pour la doctrine, certains n'y voyant qu'une règle purement technique, liée à l'institution du concours et au conflit entre créanciers auquel elle donne lieu et qui appelle une solution concrète¹⁶³, tandis que d'autres l'érigent, on vient de le voir en prenant appui sur un attendu de l'arrêt de la Cour de cassation du 17 octobre 1996, en principe qui tient à la philosophie même de l'ordre juridique belge, refusant, par là même, « que la règle d'égalité soit ravalée à une simple règle de calcul circonstancielle déterminant le mode de répartition de la valeur des biens d'un débiteur sur lesquels les créanciers dépourvus de droit de préférence se trouvent en concours »¹⁶⁴.

¹⁶¹ I. MOREAU-MARGREVE, « Du nouveau à propos des cessions de créance », *loc. cit.*, pp. 147 et 148 à l'occasion de l'analyse de l'arrêt de la Cour de cassation belge du 17 octobre 1996.

¹⁶² *Idem*, p. 151.

¹⁶³ On a cité les tenants de cette thèse lors de l'examen de la justification de l'opposabilité. On se référera donc aux notes de bas de page y relatives.

¹⁶⁴ I. MOREAU-MARGREVE, « Du nouveau à propos des cessions de créance », *ibid.*, p. 179.

La position de M. THIRION¹⁶⁵ à cet égard vient renforcer notre penchant pour l'opinion considérant le principe d'égalité des créanciers comme une nécessité purement technique. Il l'exprime en ces termes : « Il n'en reste pas moins que, constituât-elle même une donnée essentielle de notre ordre économique et social, la règle de l'égalité des créanciers en situation de concours peut continuer à être analysée en termes techniques : en effet, l'appartenance d'un principe juridique à l'ordre public international, voire à l'ordre public interne, résulte d'une démarche essentiellement fonctionnelle, qui permet que, « dans un cas particulier, il soit dérogé à la force obligatoire des actes juridiques privés » (...). Cette dimension fonctionnelle de l'ordre public explique qu'à notre sens, lors même qu'une disposition figurerait parmi les bases essentielles de l'ordre économique et social belge et procéderait en conséquence de l'ordre public, ce n'est pas pour autant qu'elle devrait être considérée comme tenant à la philosophie même de l'ordre juridique belge – cette qualité ne pouvant être reconnue, si l'on entend conserver un sens aux mots employés, qu'aux quelques principes fondamentaux autour desquels s'articulent notre système juridique »¹⁶⁶.

Dès lors, une portée limitée mérite d'être reconnue à ce principe : règle technique, il a uniquement, comme nous l'avons mentionné ci-avant, vocation à régir la situation des créanciers chirographaires et privilégiés généraux, tout au moins sous l'angle des conséquences spécifiques qu'il emporte¹⁶⁷.

Commentant l'ambiguïté de la nature de ce principe et manifestant sa faveur pour sa portée très limitée, un auteur avisé a osé, estime-t-il, un sacrilège en considérant que « l'égalité entre les créanciers est peut-être moins un grand principe qu'un expédient », et ce après avoir brillamment démontré que « ni la morale, ni l'économie n'impose catégoriquement l'idée d'égalité entre les créanciers, qui puise essentiellement sa justification dans des motifs d'ordre technique (...) »¹⁶⁸.

Le moins que l'on puisse dire en tout cas est qu'on est en présence d'un principe subtil, tant par sa complexité et ses ambiguïtés que par son caractère sous-jacent et ses manifestations

¹⁶⁵ N. THIRION, « La théorie de l'égalité des créanciers en concours d'une personne morale en liquidation : nouveaux enseignements de la Cour de cassation », *loc. cit.*, pp. 181 et s.

¹⁶⁶ *Idem*, pp. 181-182 et les références citées.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 190. L'auteur énumère les principales conséquences de ce principe (pp. 177-179) qui découlent, pour l'essentiel, des règles et principes applicables au dessaisissement du débiteur failli ainsi qu'à la composition de la masse dans ses aspects actif et passif.

¹⁶⁸ M. CABRILLAC, « Les ambiguïtés de l'égalité entre les créanciers », *loc. cit.*, p. 37.

multiples et qu'il sied, dès lors, de lui réserver une application qu'il mérite, mieux objective, en évitant non seulement de le surestimer en lui faisant produire des effets qui ne relèvent pas de lui, mais aussi de le sous-estimer malgré son utilité¹⁶⁹.

Il concerne aussi bien les créanciers chirographaires en imposant une égalité à l'intérieur de la catégorie que tous les créanciers, essentiellement en cas de faillite ou liquidation des biens. Dans ce dernier cas, il n'est pas question d'une égalité abstraite impliquant un paiement général « au marc le franc », qui effacerait les différences entre les créanciers, en l'occurrence les privilèges et sûretés, mais d'une égalité concrète, qui assure, a-t-on dit, le bon fonctionnement de la procédure, la discipline collective, l'égalité, chaque fois que des conditions différentes n'imposent pas un traitement différent¹⁷⁰.

Ainsi conçu et précisé, le principe d'égalité entre créanciers ne fait pas, à notre avis, en principe, obstacle à l'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Aussi la multiplication ou la diversification de ces dernières, déplorable bien sûr au regard de leurs conséquences sur les créanciers chirographaires et de leur difficile conciliation avec le régime des sûretés, comme on aura l'occasion de le voir ci-après, loin de constituer une pure négation de l'égalité¹⁷¹, passe-t-elle davantage pour une adaptation aux besoins du temps et aux évolutions du commerce.

Le législateur et la jurisprudence doivent dès lors leur réserver une réponse adéquate, claire et nette, faute de quoi elles continueront à être tourmentées, heureusement en faveur des créanciers chirographaires, par ce principe complexe et ambiguë qu'est l'égalité entre les créanciers, au demeurant non moins utile dans les procédures collectives sous examen.

¹⁶⁹ Dans ce sens, Fr. POLLAUD-DULIAN, « Le principe d'égalité dans les procédures collectives », *loc. cit.*, p. 971, qui nous rappelle également que MONTESQUIEU considérait (dans *L'esprit des lois*, Livre 29, chap. 16) que les lois ne doivent pas être subtiles, car elles sont destinées à des personnes d'entendement médiocre... M. CABRILLAC, « Les ambiguïtés de l'égalité entre les créanciers », *loc. cit.*, p. 39, pense, au regard de tous ces problèmes, qu'« un audit de l'égalité entre les créanciers serait le bienvenu (...). Il permettrait sans doute de désacraliser l'idée ; d'apprécier avec plus de réalisme sa véritable valeur (...) à l'aune de la morale et de l'économie ; de mieux préciser la place qu'elle tient et celle qu'elle devrait tenir, plus modestes que celle qui lui est confusément prêtée ».

¹⁷⁰ Fr. POLLAUD-DULIAN, « Le principe d'égalité dans les procédures collectives », *ibid.*, pp. 970-971.

¹⁷¹ En effet, les garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours ne peuvent pas, à notre avis, être analysées comme une pure négation de l'égalité entre les créanciers ; elles n'entraînent que le déclin d'un principe restreint totalement aux créanciers chirographaires et qui serait indirectement touché du fait qu'il ne peut plus s'appliquer faute de fonds à répartir.

4°. Fraude à la loi, fraude aux droits des tiers, abus de droit et opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours

a) Fraude à la loi – *Fraus omnia corrumpit*

La notion de fraude à la loi peine à se tailler une place en droit civil belge. Elle y est, en effet, controversée, à l'inverse du droit international privé, comme du droit fiscal, où elle peut être sanctionnée, mais seulement si elle s'identifie à une simulation¹⁷².

Un auteur autorisé exprimait d'ailleurs, dans une étude publiée en 1976¹⁷³, ses réticences à l'égard de cette notion qu'il considérait comme « singulièrement vague », compte tenu de « l'impuissance de ses partisans à en dégager les conditions d'application avec une suffisante évidence ». Il constatait, en effet, que les cas d'application de cette notion étaient extrêmement rares et qu'il revêtait un caractère « tout à fait flou et incertain, dès lors qu'il est soigneusement distingué de la simulation frauduleuse, de la fraude aux droits des tiers et de l'abus de droit » et concluait que la théorie de la « fraude à la loi » en droit interne « n'a pas atteint un degré suffisant de précision pour pouvoir être utilement employée »¹⁷⁴. Cet auteur a d'ailleurs récemment réitéré ses doutes en tenant pour inexact le recours à la notion de fraude à la loi, qui, précisait-il, « ne fait pas partie de l'arsenal de notre droit positif »¹⁷⁵.

Elle suppose, en droit civil, que les parties recourent à « un procédé juridique, en soi licite, sans simulation, en vue d'arriver à un résultat prohibé par une loi d'ordre public ou impérative ou même par une convention, et cela à la faveur d'un procédé qualifié d'astucieux, de déloyal, ou encore d'immoral »¹⁷⁶.

¹⁷² M. GREGOIRE, « Développements récents en matière de sûretés réelles », *loc. cit.*, p. 34 et références citées. Voir, en ce qui concerne, son application en droit français, J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *op. cit.*, p. 803, qui admettent également que le domaine d'élection de la fraude à la loi est le droit international privé, alors qu'en droit interne, elle ne s'est particulièrement développée que dans le domaine de l'état des personnes.

¹⁷³ P. Van OMMESLAGHE, « Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi », *R.C.J.B.*, 1976, pp. 303 et s., spéc., p. 336.

¹⁷⁴ *Idem*, p. 350.

¹⁷⁵ P. Van OMMESLAGHE, « La simulation en droit des obligations », *Les obligations contractuelles*, éd. Jeune barreau de Bruxelles, 2000, pp. 147 et s., spéc. n° 22, p. 167, cité par A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *loc. cit.*, p. 869.

¹⁷⁶ P. Van OMMESLAGHE, « Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi », *ibid.*, p. 338 ; « Sûretés issues de la pratique et autonomie de la volonté », *op. cit.*, p. 391. Dans ce sens, M. GREGOIRE, « Développements récents en matière de sûretés réelles », *loc. cit.*, p. 34.

La Cour de cassation belge y a ainsi recouru dans les situations exceptionnelles ci-après pour sanctionner des mobiles illicites de deux ordres¹⁷⁷ :

- tenter d'éluder l'application d'une loi d'ordre public ou impérative en vue d'atteindre le résultat prohibé par l'utilisation d'un procédé licite non simulé. La Cour a ainsi admis, dans un arrêt du 7 mai 1896¹⁷⁸, l'application de la théorie de la fraude à la loi pour rejeter le pourvoi contre un arrêt qui, dans l'intérêt d'un prodigue et à la demande de son conseil judiciaire, avait annulé les aliénations réalisées à la veille de la désignation de ce conseil, alors que l'article 513 du Code civil, qui s'appliquait à la matière, ne prévoyait pas pareille possibilité d'annulation, à la différence de l'article 503 du même Code en matière d'interdiction. Les arrêts des 17 mars 1972¹⁷⁹ et 3 octobre 1997¹⁸⁰ font également référence à cette notion.
- Frauder les droits des tiers, lorsque, n'étant pas créanciers, l'article 1167 n'est pas applicable. Ce cas est illustré par un arrêt du 11 novembre 1909¹⁸¹, rejetant le pourvoi contre un arrêt qui avait déclaré inopposable à une épouse une donation de biens mobiliers communs faite en pleine propriété par le mari à des héritiers présomptifs de celui-ci, la Cour dégagant à l'occasion un principe général du droit selon lequel les actes faits en fraude des droits d'un tiers ne lui sont pas opposables. Pour justifier la solution, qui paraissait exclue par les dispositions applicables à l'espèce, la Cour invoque « que nul ne peut, par la fraude, se soustraire à l'application des lois ; que cette règle de morale et de raison s'impose même en l'absence de texte ».

Ces différents cas de fraude à la loi peuvent en tout cas être rattachés aux articles 6 (ordre public et bonnes mœurs), 1109 à 1133 (dol, cause illicite), 1134 (abus de droit), 1147 (responsabilité contractuelle), 1167 (action paulienne), 1321 (simulation) ou 1382 (responsabilité aquilienne) du Code civil belge, aux articles 17 et suivants de la loi sur les

¹⁷⁷ P. Van OMMESLAGHE, « Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi », *loc. cit.*, p. 338 ; A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *loc. cit.*, p. 869 et références citées. On lira avec intérêt l'étude de J. KIRKPATRICK intitulée « La maxime *Fraus omnia corrumpit* et la réparation du dommage causé par un délit intentionnel en concours avec une faute involontaire de la victime – A propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 6 novembre 2002 », *J.T.*, 2003, p. 573, dans laquelle il critique l'interprétation de la maxime susmentionnée par la Cour dans cet arrêt. On peut trouver également ces mobiles illicites dans la distinction faite entre la fraude à la loi et la fraude aux droits des tiers par J. GHESTIN et G. GOUBEUX, *op. cit.*, pp. 802-803.

¹⁷⁸ Cass., 7 mai 1896, 2^e esp., *Pas.*, 1896, I, p. 180, spéc. p. 187.

¹⁷⁹ Cass., 17 mars 1972, *Pas.*, 1972, I, p. 962 ; *R.W.*, 1971-1972, p. 1925.

¹⁸⁰ Cass., 3 octobre 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 962 ; *R.W.*, 1998-1999, p. 1250.

¹⁸¹ Cass., 11 novembre 1909, *Pas.*, 1909, I, p. 435 et concl. av. gén. E. Janssens.

faillites et 67 et suivants de l'Acte uniforme OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif (inopposabilités de la période suspecte et des actes frauduleux antérieurs) ou à d'autres dispositions légales particulières et ne peuvent être sanctionnées que dans les conditions de ces dispositions¹⁸².

Il y a lieu d'observer que l'application de la fraude à la loi suppose, en outre, même lorsqu'elle est admise en tant que principe indépendant, l'existence d'une fraude, laquelle, au regard des arrêts du 3 octobre 1997 et 6 novembre 2002 déjà cités, implique la volonté malicieuse, la tromperie intentionnelle, la déloyauté dans le but de nuire ou de réaliser un gain.

On ne voit pas, écrit-on pertinemment, « à quel titre la force créatrice de l'autonomie de la volonté dans la pratique des affaires, dont sont empreints les mécanismes obligatoires de garantie, ferait en tant que tel obstacle à l'application des principes de droit commun dans la détermination de leurs effets »¹⁸³.

Nous pensons résumer notre position sur la question sous examen par les propos de DEVOS qui exprimait, dans une étude publiée en 1985, un point de vue qui conforte l'opinion qui vient d'être citée, lorsqu'il écrivait : « ... dès qu'un mécanisme frauduleux est mis à jour, il importe de lui refuser toute application (en le déclarant nul ou inopposable, suivant le cas) : *fraus omnia corrumpit* ... mais pour autant précisément que le mécanisme en question puisse être considéré comme frauduleux au regard des – nombreuses – techniques de répression de la fraude : le juge examinera d'abord la sincérité de l'acte insolite, puis la licéité de l'objet et des mobiles déterminants des parties et appréciera enfin si leurs comportements sont conformes ou non à celui d'un 'bon père de famille'(sans oublier, bien entendu, l'hypothèse d'une disposition légale régissant spécifiquement l'opération). S'il apparaît au juge que l'opération est sincère, que les mobiles déterminants des parties ne sont en rien contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs et que les parties se comportent de manière prudente et diligente dans

¹⁸² Dans ce sens, A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *loc. cit.*, p.869.

¹⁸³ *Idem*, p.869. Ces relèvent également que l'habileté, l'imagination doivent être distinguées de cas de fraude susmentionnés.

l'exercice de leurs droits, à quel titre devrait-on écarter ce que le principe – fondamental – de l'autonomie de la volonté a autorisé ? »¹⁸⁴.

b) Fraude aux droits des tiers

La fraude aux droits des tiers, ici créanciers, correspond, contrairement à la « fraude à la loi », à une réalité concrète assez facile à définir et à cerner, d'ailleurs souvent proche, comme on le constatera ci-après, des hypothèses dans lesquelles il est fait application de la théorie de l'abus de droit¹⁸⁵. Elle se caractérise, en effet, et c'est ce qui justifie la sanction de la loi ou de la jurisprudence, par la volonté des parties d'accomplir des actes dans des conditions telles qu'elles auraient dû s'en abstenir en raison du préjudice en résultant pour des tiers¹⁸⁶.

L'article 1167 du Code civil belge permet ainsi aux créanciers d'attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits. L'article 20 de la loi sur les faillites déclare, pour sa part, inopposables à la masse tous actes ou paiements faits en fraude des créanciers.

L'institution expresse de l'action paulienne en droit belge de la faillite marque la volonté du législateur de rendre inopposables aux tiers des actes par l'effet desquels un débiteur insolvable fait consciemment échapper tout ou partie de ses biens à l'emprise de ses créanciers¹⁸⁷.

Le droit uniforme OHADA ne prévoit pas expressément cette action paulienne en matière de liquidation des biens, mais il régit minutieusement, comme on l'a dit, les différents actes inopposables à la masse¹⁸⁸.

¹⁸⁴ D. DEVOS, « Propos sur la répression de la fraude en droit privé », *loc. cit.*, pp. 283 et s., spec. N° 17, p. 300, cité par A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *loc. cit.*, p.869.

¹⁸⁵ P. Van OMMESLAGHE, « Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi », *loc. cit.*, p. 339.

¹⁸⁶ *Idem*, p. 339 ; dans ce sens, J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *op. cit.*, pp. 802-803.

¹⁸⁷ A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *ibid.*, p.868.

¹⁸⁸ Une référence à cette action est néanmoins contenue à l'article 143 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif qui prévoit, en matière de concordat, que « les actes faits par le débiteur entre l'homologation du concordat et sa résolution ou son annulation ne peuvent être déclarés inopposables qu'en cas de fraude aux droits des créanciers et conformément aux dispositions relatives à l'action paulienne.

Les articles 17 à 19 de la loi sur les faillites et 67 à 69 de l'Acte uniforme précité rendent, à leur tour, inopposables à la masse des créanciers, obligatoirement ou facultativement, des actes commis pendant la période suspecte que le législateur suppose ou suspecte d'être frauduleux¹⁸⁹.

Il va sans dire qu'en cette matière, le juge appréciera concrètement si les garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours peuvent être sanctionnées sur cette base.

c) Abus de droit

L'article 1134, alinéa 3, du Code civil belge pose le principe en ces termes : « *les conventions doivent être exécutées de bonne foi* ». On en déduit qu'il interdit à une partie d'abuser des droits qui lui sont octroyés par la convention, que ce soit sur le plan de ses effets internes ou de ses effets externes¹⁹⁰.

On note¹⁹¹, en effet, qu'il peut y avoir abus de droit lorsqu'un droit est exercé soit de la façon la plus dommageable pour autrui¹⁹², soit sans intérêt raisonnable ou suffisant¹⁹³, notamment lorsque le droit est détourné de la fonction spécifique qui lui est légalement assignée¹⁹⁴, ce qui est rarement le cas en matière de droits contractuels¹⁹⁵, ou lorsque le préjudice causé est sans proportion avec l'avantage recherché ou obtenu¹⁹⁶.

¹⁸⁹ A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *loc. cit.*, p.868.

¹⁹⁰ Cass., 19 septembre 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 55 ; *R.C.J.B.*, 1986, p. 282 et note J.-L. FAGNART, « L'exécution de bonne foi des conventions ».

¹⁹¹ A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *ibid.*, p.872.

¹⁹² Cass., 16 novembre 1961, *Pas.*, 1962, I, p. 332.

¹⁹³ Cass., 30 janvier 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 475 ; *R.C.J.B.*, 1994, p. 185 et note P.-A. FORIES, « Observations sur le thème de l'abus de droit en matière contractuelle ».

¹⁹⁴ Cass., 28 avril 1972, *Pas.*, 1972, I, p. 797.

¹⁹⁵ J.-Fr. ROMAIN, « Le principe de la convention-loi (portée et limites) : réflexions au sujet d'un nouveau paradigme contractuel », *Les obligations contractuelles*, éd. Jeune barreau de Bruxelles, 2000, p. 43, spéc. n° 32, pp. 124 et s.

¹⁹⁶ Cass., 19 septembre 1983, *Pas.*, 1994, I, p. 55 ; *J.T.*, 1985, p. 56 ; Cass., 18 juin 1987, *Pas.*, p. 1295 ; Cass., 30 janvier 1992, *J.L.M.B.*, p. 650.

Est considéré aussi comme un abus de droit lors de l'exécution de la convention, l'exercice de droits d'une manière qui excède manifestement les limites de l'exercice normal de ces droits par une personne prudente et diligente¹⁹⁷.

Il en résulte qu'en principe, l'usage des clauses et conventions de garantie permettant d'échapper au concours ne constitue pas en soi un abus de droit. Ce qui n'exclut pas, en revanche, qu'on fasse parfois recours à la notion d'abus de droit pour faire échec aux droits des cocontractants du failli à l'égard du curateur, par exemple à des clauses de compensation¹⁹⁸, à des clauses résolutoires¹⁹⁹ ou à des clauses restrictives de sa liberté de céder des droits²⁰⁰.

Il convient de mentionner, en outre, que l'abus de droit est sanctionné, non pas par la déchéance de ce droit, mais par sa réduction à son usage normal ou la réparation du dommage que l'abus a causé²⁰¹.

5°. Apparence et opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours

La notion d'apparence, qui sert à protéger les créanciers qui se seraient fiés à un crédit apparent de leur débiteur et auraient traité en fonction de cette situation apparente²⁰², est parfois invoquée pour faire obstacle à l'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours, même si les cas dans lesquels elle peut faire échec à l'opposabilité des droits personnels, voire même des droits réels, sont en tout cas exceptionnels²⁰³.

¹⁹⁷ Cass., 8 février 2001, *Pas.*, 2001, n° 78 et 1^{er} février 1996, *Pas.*, 1996, n° 66.

¹⁹⁸ Comme dans l'arrêt de la cour d'appel de Liège du 24 avril 2001, *R.D.C.*, p. 402

¹⁹⁹ Comm. Ypres, 29 juin 1998, *R.W.*, 1999-2000 et obs. A. ZENNER, *Faillites et concordats – Chronique de jurisprudence 1998-1999*, Larcier, 2000, n° 89.

²⁰⁰ A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *loc. cit.*, p.873, qui notent aussi que nonobstant la compréhension du principe, son application dans des cas d'espèce ne paraît pas convaincante. Les auteurs relèvent pertinemment que le recours à l'abus de droit ne peut servir de prétexte pour subordonner systématiquement les droits du créancier (à l'exécution de sa garantie) à ceux de la masse des créanciers ou des travailleurs (au meilleur prix de réalisation, à la cession du fonds de commerce, à la poursuite de l'activité, ...).

²⁰¹ Cass., 5 mai 1984, *Pas.*, 1984, n° 374.

²⁰² P. Van OMMESLAGHE, « Sûretés issues de la pratique et autonomie de la volonté », *loc. cit.*, p. 385.

²⁰³ Ce constat ressort des nombreuses études consacrées à cette notion. Voir A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes

On admet, en effet, que le fait que le privilège du bailleur sur les objets mobiliers garnissant les lieux s'exerce non seulement sur les biens appartenant au débiteur mais aussi sur les biens appartenant à des tiers est justifié par l'apparence de crédit découlant pour le bailleur non averti de la présence habituelle des biens dans les appartements du failli²⁰⁴. Le privilège du bailleur lui permet en réalité d'imposer aux tiers la reconnaissance de l'affectation de certains biens du preneur à la satisfaction de sa créance²⁰⁵.

Il n'est pas superflu de mentionner que c'est au nom de la théorie de l'apparence que la Cour de cassation belge, par interprétation de l'article 20, 5°, de la loi hypothécaire, refusait l'opposabilité de la réserve de propriété jusqu'à la condamnation de sa jurisprudence par la loi du 7 août 1997 sur les faillites, qui l'a consacrée, moyennant certaines conditions.

C'est aussi sur cette théorie que l'on se fonde pour considérer que la consignation d'un stock auprès d'un détaillant en vue de sa revente ne serait opposable que pour autant qu'elle soit usuelle dans le secteur concerné, une opinion aujourd'hui condamnée à l'unanimité par la doctrine²⁰⁶; contester l'opposabilité du transfert de propriété mobilière *solo consensu*, une position aujourd'hui isolée²⁰⁷; ou encore mettre en doute l'opposabilité de la cession fiduciaire de propriété, ce qui, au regard de la reconnaissance de l'efficacité de la consignation, du leasing et de la réserve de propriété à l'égard des tiers, ne se justifie pas²⁰⁸.

Force est de constater que dans le domaine de l'insolvabilité, la doctrine condamne depuis longtemps le recours à la théorie de l'apparence²⁰⁹ et a été d'ailleurs suivie par le législateur

des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *loc. cit.*, p.872 et références citées.

²⁰⁴ *Idem*, p. 872.

²⁰⁵ M. GREGOIRE, *op. cit.*, p. 58.

²⁰⁶ V. A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *ibid.*, p. 872 et références citées.

²⁰⁷ *Idem*, p. 872.

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 872.

²⁰⁹ Il suffit de penser notamment à P. COPPENS, « Les clauses de réserve de propriété », *Idées nouvelles dans le droit de la faillite*, pp. 243 et s., cité par P. Van OMMESLAGHE, « Sûretés issues de la pratique et autonomie de la volonté », *loc. cit.*, p. 386, qui écrivait : « un créancier ne peut certainement plus, dans l'état actuel de notre société, traiter avec un cocontractant en croyant légitimement que tous les biens qui se trouvent en la possession de celui-ci et qu'il utilise, soit à des fins professionnelles, soit à titre privé, lui appartiennent et constituent dès lors le gage de ses créanciers (...) ». P. CROCQ, *op. cit.*, p. 399, observait ce qui suit à son tour : « Dire que la propriété-garantie est susceptible de créer une apparence trompeuse de solvabilité (...) traduit une méconnaissance de la pratique ». Cl. WITZ, *La fiducie en droit privé français*, Paris, ECONOMICA, 1981, n° 261, p. 257 s'exprimait, pour sa part, en ces termes : « Que l'on puisse croire que, de nos jours, le crédit est habituellement accordé à la seule vue de l'actif apparent du débiteur, heurte le bon sens le plus élémentaire. Il suffit d'imaginer les dispensateurs de crédit visiter les locaux de l'emprunteur et juger la surface financière de

lors de la réforme du régime de la faillite en Belgique et de l'adoption de l'Acte uniforme OHADA. Son usage limité en matière de bail n'échappe pas, en revanche, aux critiques.

Aussi la jurisprudence est-elle allée dans ce sens dans un arrêt de la Cour de cassation belge du 26 mai 2003²¹⁰ où celle-ci a refusé de voir dans le respect dû aux attentes légitimes d'autrui, qui est un aspect du principe de l'apparence, un principe général de droit.

On peut lire enfin dans le rapport de la Cour de cassation pour l'année 2003 que le principe de la confiance légitime dans le droit des obligations²¹¹, qui est un autre aspect de cette théorie, ne constitue pas davantage un principe général de droit²¹².

Il résulte, en somme, de considérations précédentes que les garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours, et de manière particulière les garanties conventionnelles à caractère réel, exigent au législateur et à la jurisprudence d'assigner au principe de l'égalité des créanciers, objection principale à l'opposabilité de ces dernières, et aux règles et principes issus du concours un champ d'application précis en se limitant à interdire, comme on l'a dit, les seules clauses et conventions qui « tendent à permettre à un créancier, ne jouissant pas d'un privilège, d'obtenir un paiement préférentiel provenant de la réalisation des biens du débiteur, sans pour autant freiner les conséquences éventuellement avantageuses pour un créancier qui résultent du fonctionnement des mécanismes provenant de l'autonomie de la volonté »²¹³.

Nous prenons ainsi position en faveur du principe de l'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours sous réserve évidemment de restrictions que nous venons de préciser sous ce point et admettons partant que, pour l'intérêt des créanciers chirographaires en particulier et de tous les créanciers en général, il soit fait

celui-ci d'après les biens et marchandises qu'il détient, pour se rendre compte du caractère irréaliste d'une telle démarche ».

²¹⁰ Cass., 26 mai 2003, S.01.0108 et concl. pr. av. gén. LECLERCQ, cité par A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *loc. cit.*, p.872.

²¹¹ Cass., 26 mars 1980, *Pas.*, 1980, I, n° 473.

²¹² *Rapport 2003*, p. 463, cité par A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *ibid.*, p.872.

²¹³ V. P. Van OMMESLAGHE, « Sûretés issues de la pratique et autonomie de la volonté », *loc. cit.*, p. 393.

application avec rigueur des règles qui, en vue de leur protection, font échec à certains de ces mécanismes²¹⁴.

Voyons maintenant si la jurisprudence et les développements législatifs nous permettent de voir plus clair dans le débat sous examen.

§4. Eclairage de la jurisprudence et développements législatifs

Nous allons analyser d'abord quelques arrêts en rapport avec la question sous examen pour voir la leçon qu'on peut en tirer (A) et consacrer ensuite le reste de l'étude à l'évolution législative (B).

Il sied de préciser d'emblée qu'alors que l'étude de la jurisprudence sera exclusivement consacrée aux arrêts de la Cour de cassation belge, le droit uniforme OHADA ne nous offrant jusqu'à présent aucune jurisprudence en la matière²¹⁵, l'examen de l'évolution législative sera axée, en revanche, non seulement sur les droits belge et uniforme OHADA, mais aussi sur le droit européen.

A. Eclairage de la jurisprudence

Deux arrêts retiendront notre attention ici au regard des principes qu'ils énoncent et des enseignements qu'on doit ou qu'on aurait dû en tirer : l'arrêt SOCOL de la Cour de cassation du 28 février 1985²¹⁶ (1°) et l'arrêt SART TILMAN de la Cour de cassation du 17 octobre 1996²¹⁷ (2°). Une analyse de l'évolution ultérieure à ce dernier arrêt nous permettra, en outre, de tirer quelques leçons de certains arrêts intervenus après l'arrêt SART TILMAN ainsi que des déclarations des représentants de la Cour de cassation belge au Sénat (3°).

²¹⁴ V. I. MOREAU-MARGREVE, « Evolution du droit et de la pratique en matière de sûretés », *loc. cit.*, p. 234.

²¹⁵ Nous avons déjà indiqué qu'au regard du niveau relativement faible des activités commerciales dans la plupart des pays membres de l'OHADA, certaines clauses et conventions de garantie sont très peu utilisées par les praticiens, voire ignorées par eux ; ceci explique en partie cela (absence de la jurisprudence).

²¹⁶ Cass., 28 février 1985, *Pas.*, 1985, I, 795 ; *R.C.J.B.*, 1987, pp. 571 et s, note A. LIMPENS, « Réflexions sur la compensation, l'indivisibilité, la connexité et le privilège dans le cadre de la faillite d'un associé momentané » ; *R.D.C.B.*, 1985, pp. 377 et s., et la note ; *J.T.*, 1986, p. 578, note Fr. T'KINT ; *R.W.*, 1985-1986, col. 997, note E. DIRIX, « De tegenwerpelijkheid van een tijdelijke handelsvereniging aan derden ».

²¹⁷ Cass., 17 octobre 1996, *Pas.*, 2000, I, p. 992 et les concl. av.gen. PIRET ; *R.W.*, 1996-1997, p. 1395 et note M. STORME, *J.L.M.B.*, 1997, p. 520 ; *Rev. b. et fin.*, 1997, p. 117 et note I. PEETERS ; *Rev. prat. soc.*, 1997, p. 145 et note Th. BOSLY.

1°. L'arrêt SOCOL

a) Rappel des faits

La société C.E.I. et la société SOCOL avaient conclu une convention d'association momentanée en vue d'exécuter conjointement et solidairement la construction d'une section d'autoroute pour le compte d'une intercommunale, maître de l'ouvrage. Aux termes d'une disposition de cette convention (article 5), la participation des associés dans les bénéfices et dans les pertes était ventilée comme suit : 69 % pour la société SOCOL et 31 % pour la société C.E.I. Une autre disposition de ladite convention (article 16) prévoyait qu' « en cas de faillite de l'une des parties, l'autre partie (aurait) la faculté de continuer les travaux en faisant liquider définitivement la situation de la partie défaillante par un expert (...) ».

La déclaration de la faillite de la société SOCOL par jugement du 25 janvier 1980 entraîna la dissolution de l'association momentanée et un litige portant sur la question de savoir comment répartir le solde des sommes dues par l'intercommunale, maître de l'ouvrage, et consigné dans l'attente d'une décision judiciaire.

Pour le curateur, ce solde devait être partagé entre la masse et la société C.E.I. par application de la clé conventionnelle de répartition (69/31 %), sans déduction des frais et charges encourus par l'association, antérieure à la faillite. Pour la C.E.I., par contre, ce solde ne pouvait être réparti qu'après déduction de ces frais, dont le règlement avait été effectué par elle seule.

La thèse de la société C.E.I. fut accueillie en première instance et le jugement rendu fut confirmé en degré d'appel, la cour considérant que « ...*le droit de la faillite ne s'oppose pas à ce que des conventions conclues valablement par le failli sortissent leurs effets... ; que les créanciers de la société anonyme SOCOL, sauf à démontrer qu'une règle tirée du droit de la faillite y fait obstacle, doivent respecter les effets internes de la convention d'association momentanée SOCOL-C.E.I., notamment la clause d'indivisibilité de comptes inscrite dans la convention qui est la loi des parties ; ...que la circonstance qu'une convention conclue sans fraude entre le failli et un de ses créanciers avantage ce dernier par rapport à d'autres créanciers du failli ne suffit pas à rendre la convention inopposable au curateur ; que par contre la convention, qui a pour objet d'assurer au créancier un droit préférentiel sur le*

produit de la réalisation d'un bien se trouvant dans le patrimoine du failli, ne peut être opposée au curateur ; que les débiteurs ne peuvent, en effet, modifier conventionnellement, par des accords avec leurs créanciers, l'ordre légal des paiements dans des conditions opposables aux créanciers et au curateur ; que ne viole pas les règles impératives du droit de la faillite, l'indivisibilité stipulée entre parties qui a pour effet que leurs créances sur un tiers font l'objet d'une entrée en compte, qui ne repose pas sur une base factice mais objective ; ...qu'une telle convention n'a pas pour objet d'assurer à l'associé non failli un droit préférentiel sur les créances du failli à l'égard du maître de l'ouvrage ; (...) ».

En bref, l'arrêt considère que la convention d'association momentanée avait engendré une indivisibilité (en l'occurrence, confirmée expressément par les termes de la convention) dont les conséquences s'imposaient à la masse, sauf fraude ou disposition spéciale du droit de la faillite²¹⁸.

b) Analyse de l'arrêt de la Cour de cassation du 28 février 1985

Le premier moyen de cassation, invoqué à l'appui du pourvoi formé par la curatelle, reprochait, en sa première branche, à l'arrêt entrepris d'avoir violé les articles 1134 et 1164 du Code civil, selon lesquels les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes.

Cette première branche du premier moyen de cassation fut écartée par la Cour de cassation, au motif qu'« *il ressort du contexte de l'arrêt que la Cour d'appel a ainsi considéré, (...) que l'existence de la convention d'association momentanée (...) étant opposable aux tiers, ceux-ci sont tenus en principe d'en reconnaître les effets entre parties contractantes* ». Or, observe-t-on, « reconnaître les effets » produits par une convention entre les parties contractantes constitue le contenu de l'opposabilité aux tiers des obligations²¹⁹.

La deuxième branche du premier moyen de cassation reprochait, pour sa part, à l'arrêt entrepris d'avoir fait supporter à la masse des créanciers de la société faillie les effets de la clause d'indivisibilité des créances et dettes, prévue au contrat d'association momentanée, ce

²¹⁸ V. M. GREGOIRE, *op. cit.*, p. 218.

²¹⁹ *Idem*, p. 219 ; voir également les pertinentes observations de Fr. T'KINT, *J.T.*, 1986, n° 10, p. 581, qui relève, à cet égard, que la cour d'appel n'a pas entendu, par le motif critiqué, infliger aux tiers l'obligation d'exécuter la convention d'association momentanée, mais simplement tenir compte des effets que cette convention a produits entre parties. Or, l'obligation de « tenir compte » des effets internes d'une convention, participe de l'effet externe de celle-ci. L'arrêt entrepris ne viole donc pas, sur ce point, l'article 1165 du Code civil.

que rejeta la Cour de cassation au motif que, d'après les constatations de la cour d'appel, la convention conclue entre les sociétés SOCOL et C.E.I. avait créé un lien d'étroite connexité entre les dettes et les créances relatives à l'exécution des travaux, qui justifiait l'imputation des dettes issues de la convention sur les créances en découlant²²⁰.

La Cour ajoute, par ailleurs, qu'il ne saurait se déduire de ces dispositions contractuelles, « *qui n'impliquent nullement l'affectation d'un actif à certaines dettes, que l'égalité entre les créanciers de la faillite serait rompue* ».

c) Leçons à tirer de l'arrêt SOCOL du 28 février 1985

Relativement à la question qui nous occupe dans cette partie de notre étude, nous pouvons retenir deux enseignements²²¹ de cet arrêt en rapport d'une part avec la portée de la règle de l'égalité des créanciers en cas de faillite, et donc de concours, et de l'autre, avec les effets d'une convention conclue par le failli avant la faillite.

- La **première leçon** relative à la portée de la règle de l'égalité est tirée de la considération de la Cour selon laquelle, il ne peut y avoir rupture de cette égalité qu'au cas où un actif saisi est affecté au désintéressement d'un créancier au détriment des autres, alors que la prise en compte des effets d'une convention conclue sans fraude par le failli ne tend qu'à déterminer la consistance de l'actif saisi²²². Pour la Cour de cassation, en effet, « rompre l'égalité des créanciers », reconnaître illégalement un privilège, c'est « affecter un actif couvert par la saisie collective, au désintéressement d'un créancier au détriment des autres ».

²²⁰ V. A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *loc. cit.*, p.882 ; dans ce sens, M. GREGOIRE, *op. cit.*, pp. 219-220, qui fait, en outre, une appréciation critique de la troisième branche du premier moyen qui invoquait la méconnaissance des règles applicables à la compensation après faillite.

²²¹ Le troisième enseignement qu'on peut en retenir est relatif à la compensation après faillite, car la Cour réaffirme dans cet arrêt que les créances réciproques issues d'un même contrat, en l'espèce, une convention d'association momentanée, peuvent être compensées nonobstant la faillite d'un des cocontractants (M. GREGOIRE, *ibid.*, pp. 226-227, qui se réserve toutefois de retenir cet arrêt parmi les décisions de principe relatives à la compensation après faillite au motif que c'est à tort que la Cour s'est laissé entraîner sur cette voie par la pourvoi).

²²² V. M. GREGOIRE, *op. cit.*, p. 225 et spéc. p. 226 ; S. Van OMMESLAGHE, « L'intérêt d'une application limitée du principe de l'égalité des créanciers », rapport présenté à l'occasion de la journée consacrée aux questions pratiques et actuelles du droit de la faillite par l'Association belge des femmes juristes et l'Association belge des juristes d'entreprise, le 30 janvier 1986, p. 7 ; A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *ibid.*, p. 882.

- La **seconde leçon** relative aux effets d'une convention conclue par le failli avant la faillite résulte de la réaffirmation limpide par la Cour de cassation du principe selon lequel toute convention conclue sans fraude avant la faillite par le futur failli s'impose à ses créanciers dans ses effets externes²²³. Le fait de « tenir compte des effets d'une convention », conclue sans fraude, par le failli, « afin de déterminer l'importance des actifs saisis », ne conduit donc pas, au regard de cet enseignement, qui s'impose, à l'attribution d'un privilège²²⁴.

En somme, cet arrêt confirme en même temps que la détermination de la contenance de l'assiette de la saisie que constitue une convention suppose que soient prises en compte les obligations que cette convention met à charge du failli avant de lui allouer le bénéfice des obligations mises à charge de son cocontractant²²⁵ et qu'il est permis de faire recours à certaines institutions juridiques qui ont pour effet d'atténuer les effets du concours, sans rompre le principe de l'égalité des créanciers, dès lors que l'avantage retiré de l'opération ne s'exerce pas directement sur les actifs constituant le patrimoine du débiteur²²⁶.

2°. L'arrêt SART TILMAN

a) Rappel des faits

La C.G.E.R. a accepté en 1984 d'ouvrir à l'association sans but lucratif SART TILMAN un crédit à durée indéterminée pour préfinancer des subventions promises par la Communauté française. En garantie du remboursement de ce crédit, l'A.S.B.L. s'est engagée à céder à la C.G.E.R. les subventions dues.

Le 30 novembre 1988, l'A.S.B.L. est mise en liquidation. La C.G.E.R. fait savoir aux liquidateurs la somme que lui reste due par l'A.S.B.L. et devenue exigible par le fait de la

²²³ V. M. GREGOIRE, *op. cit.*, p. 226 et références citées ; A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *loc. cit.*, p.881.

²²⁴ M. GREGOIRE, *ibid.*, p. 225.

²²⁵ A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *ibid.*, p.882.

²²⁶ S. Van OMMESLAGHE, « L'intérêt d'une application limitée du principe de l'égalité des créanciers », rapport présenté à l'occasion de la journée consacrée aux questions pratiques et actuelles du droit de la faillite par l'Association belge des femmes juristes et l'Association belge des juristes d'entreprise, le 30 janvier 1986, p. 7.

mise en liquidation, conformément à une clause du contrat d'ouverture de crédit ; à cette occasion, la C.G.E.R. rappelle que tous les subsides encore dus sont sa propriété, tandis que les anciens travailleurs de l'A.S.B.L. rappellent, quant à eux, aux liquidateurs que leurs créances impayées de rémunération sont privilégiées. Pour leur part, les liquidateurs contestent que la C.G.E.R. puisse encore faire état de la cession pour les subsides devenus exigibles après la mise en liquidation de l'A.S.B.L.

Représentée par ses liquidateurs, l'A.S.B.L. assigne la C.G.E.R., déniait à celle-ci le droit d'invoquer la cession à son profit des subsides dus à l'association et demandant qu'il soit dit pour droit que les sommes perçues par la C.G.E.R. après la mise en liquidation doivent être restituées à l'association.

La Cour d'appel de Liège, dans son arrêt du 27 avril 1994, fait droit à leur demande, considérant notamment que la convention litigieuse comportait « *une cession de créance à titre de garantie établie en dehors des règles légales, constituant un gage simulé et heurtant le principe d'égalité des créanciers et en conséquence nulle pour contrariété à l'ordre public* ».

b) Analyse de l'arrêt de la Cour de cassation du 17 octobre 1996

La C.G.E.R., ayant perdu la cause, dépose un pourvoi contre l'arrêt de la cour d'appel de Liège. Un seul moyen est invoqué à l'appui du pourvoi ; il est pris de la violation des articles 6, 1108, 1131, 1133, 1134, 1135, 1165, 1236, 1321, 1689, 1690, 2078, 2082 du Code civil, 7 et 8 de la loi hypothécaire du 16 décembre 1851 ainsi que, pour autant que de besoin, du principe général du droit de l'égalité entre les créanciers en concours dont l'article 8 de la loi hypothécaire est une application. Ce moyen divise en trois branches les griefs qu'il formule à l'encontre dudit arrêt.

La première branche du moyen critiquait la considération de l'arrêt suivant laquelle la convention litigieuse est contraire à l'ordre public. La Cour de cassation s'est refusé, en réponse à cette première branche du moyen, de critiquer, en raison du contrôle limité qui est le sien, l'interprétation de la convention retenue par la cour d'appel. Elle ne s'est donc pas

prononcée sur le caractère d'ordre public de la règle de l'égalité des créanciers, que la Cour a depuis lors refusée de consacrer, comme on le verra ci-dessous²²⁷.

Achevant l'examen de la première branche du moyen pour son surplus, la Cour de cassation édicte l'attendu ci-après :

« Attendu que, d'une part, le principe de l'égalité des créanciers et les articles 7, 8 et 9 de la loi hypothécaire dérogent nécessairement aux articles 1165, 1134 et 1135 du Code civil, puisqu'ils rendent inopposables aux créanciers en concours une convention créant une sûreté non prévue par la loi ; Attendue que, d'autre part, l'arrêt ne qualifie pas la convention litigieuse de cession de créance ; que la décision attaquée est, dès lors, étrangère aux articles 1689 et 1690 du Code civil dont la violation est invoquée par la demanderesse ; Qu'à cet égard, le moyen, en cette branche, ne peut être accueilli ».

En sa deuxième branche, le moyen critiquait l'arrêt *a quo* de la cour d'appel de Liège d'avoir considéré la cession de créance à titre de garantie comme procédant d'une simulation devant être, pour cette raison, traitée comme un gage établi de manière extralégale²²⁸. La Cour de cassation ne répond pas à cette branche du moyen, car elle dit fondée la fin de non-recevoir qui lui est opposée par la défenderesse en cassation, la réponse à la première branche du moyen impliquant qu'est légalement justifiée la décision de condamnation de la C.G.E.R. au remboursement des sommes perçues par elle après la dissolution de l'A.S.B.L.²²⁹.

Remarquons, en outre, que la Cour a considéré que la décision attaquée ne qualifiait pas la convention litigieuse de « cession de créance ». Or, relève-t-on, l'arrêt reproduit la teneur de la convention litigieuse qui disposait que le crédit s'engage à céder irrévocablement certains subsides, et qualifiait cette opération de « cession-délégation ». Ainsi aperçoit-on mal dès lors l'interprétation de l'arrêt attaqué que la Cour a entendu faire sienne²³⁰.

²²⁷ V. A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *loc. cit.*, p.882 ; voir également, pour de plus amples commentaires de cette première branche du moyen, I. MOREAU-MARGREVE, « Du nouveau à propos des cessions de créance », *loc. cit.*, pp. 144-145.

²²⁸ M. GREGOIRE, « Développements récents en matière de sûretés réelles », *loc. cit.*, p. 26 ; I. MOREAU-MARGREVE, « Du nouveau à propos des cessions de créance », *ibid.*, p. 145.

²²⁹ I. MOREAU-MARGREVE, « Du nouveau à propos des cessions de créance », *ibid.*, p. 145.

²³⁰ M. GREGOIRE, « Développements récents en matière de sûretés réelles », *ibid.*, p. 26.

Il en résulte que la Cour de cassation n'a pas entériné les motifs de l'arrêt de la cour d'appel, même en rejetant le pourvoi, alors que cet arrêt posait le principe de la nullité de la cession de créance à titre de garantie, principe qui n'a donc pas été consacré ; pas davantage certes, que celui de la validité de ce type d'opération²³¹.

La troisième branche du moyen, pour sa part, contestait que, même si la cession intervenue méritait d'être qualifiée gage, devait s'y appliquer l'article 2078 du Code civil s'agissant d'un gage sur créance ; l'annulation du gage ne se justifiait pas car le droit de rétention de l'article 2082 permet au créancier gagiste de retenir la créance à concurrence du montant de la dette garantie et de percevoir le montant dû par le débiteur de la créance gagée et de conserver ce montant à titre de paiement effectué par un tiers au sens de l'article 1236 du Code civil, sauf à rembourser l'excédent éventuel au débiteur gagiste, excédent qui n'existait pas en l'espèce.

La Cour de cassation écarte ce moyen en cette branche car il manque en fait, la cour d'appel n'ayant pas constaté que la convention litigieuse prévoyait que devrait être remboursé à l'A.S.B.L. l'excédent, s'il en était un, des paiements provenant du débiteur de la créance donnée en garantie par rapport au montant de la créance garantie²³².

La Cour de cassation, dans son arrêt du 17 octobre 1996, rejette, en conséquence, le pourvoi introduit par la C.G.E.R. contre l'arrêt de la cour d'appel de Liège du 27 août 1994.

c) Leçons à tirer de l'arrêt SART TILMAN du 17 octobre 1996

L'on peut observer d'emblée que les commentateurs de l'arrêt sous examen se sont appliqués sans succès à en rechercher la portée exacte.

Une partie de la doctrine, qualifiée d'école liégeoise par certains²³³ et considérée, par d'autres²³⁴, comme la doctrine la plus autorisée, après avoir relevé que « la certitude essentielle qui se dégage de l'arrêt du 17 octobre 1996 a trait à la portée du principe de

²³¹ M. GREGOIRE, « Développements récents en matière de sûretés réelles », *loc. cit.*, p. 26.

²³² I. MOREAU-MARGREVE, « Du nouveau à propos des cessions de créance », *loc. cit.*, p. 145.

²³³ A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *loc. cit.*, p.882 et les références citées.

²³⁴ Voir notamment, M. GREGOIRE, « Développements récents en matière de sûretés réelles », *ibid.*, p. 25.

l'égalité des créanciers en concours »²³⁵, a retenu, dans la zone de lumière de l'arrêt, que celui-ci forçait une interprétation nouvelle de la règle de l'égalité des créanciers : refusant que celle-ci soit ravalée à une simple règle de calcul circonstancielle déterminant le mode de répartition de la valeur des biens d'un débiteur, la Cour de cassation l'aurait hissée en principe permettant de faire échec à l'autonomie de la volonté, même quand celle-ci ne comporte pas d'atteinte à la répartition égalitaire de l'actif de la masse en concours²³⁶.

Cette doctrine ne manque pas de regretter, en revanche, « que la Cour de cassation se soit montrée à ce point timorée qu'il se révèle impossible de désigner avec certitude les conventions dont les effets seront stérilisés en cas de concours parce qu'elles créeraient une préférence dépourvue de cause légitime en faveur d'un créancier et serait préjudiciable aux autres créanciers »²³⁷.

Ce constat est exprimé par cette doctrine après avoir indiqué que la leçon claire de l'arrêt de la Cour de cassation du 17 octobre 1996 selon laquelle est frappée de l'inopposabilité, en cas de concours, toute « convention qui créerait une préférence dépourvue de cause légitime » en faveur d'une partie « et qui serait préjudiciable aux autres créanciers » du débiteur reste de l'ordre de la théorie²³⁸ pour les raisons susmentionnées. Elle ne nous est donc pas ici d'une grande utilité compte tenu de la difficulté qu'il y a, en l'absence d'un critère établi, de distinguer les clauses et conventions obligatoires licites de celles qui ne le seraient pas.

Réagissant à la position ci-dessus exprimée dans la zone de lumière, M. THIRION²³⁹ écrit, pour sa part, qu'il ne pense pas qu'il soit possible de déduire de l'arrêt du 17 octobre 1996 l'enseignement fondamental que Mme MOREAU-MARGREVE croit pouvoir en tirer. Il se demande si, en posant que « le principe de l'égalité des créanciers et les articles 7, 8 et 9 de la loi hypothécaire dérogent nécessairement aux articles 1165, 1134 et 1135 du Code civil, puisqu'ils rendent inopposables aux créanciers en concours une convention créant une sûreté réelle non prévue par la loi », la Cour n'a-t-elle pas, plus simplement, tiré la conséquence logique de la mise en œuvre des mécanismes de résolution des conflits de normes de rang égal. Après avoir relevé que les mécanismes de résolution d'un tel conflit sont au nombre de

²³⁵ I. MOREAU-MARGREVE, « Du nouveau à propos des cessions de créance », *loc. cit.*, p. 147.

²³⁶ *Idem*, p. 149.

²³⁷ *Ibid.*, p. 157.

²³⁸ *Ibid.*, p. 147.

²³⁹ N. THIRION, « La théorie de l'égalité des créanciers en concours d'une personne morale en liquidation : nouveaux enseignements de la Cour de cassation », *loc. cit.*, pp. 179-181.

deux – les principes *lex posteriori priori derogat* et *lex specialis generali derogat* –, l’auteur constate l’impuissance du premier mécanisme au motif que les articles 7 et 8 constituent la reproduction littérale de dispositions déjà insérées dans le Code civil et écarte ainsi l’argument temporel ; ce qui le conduit à opter pour la dialectique du général et du spécial qu’exprime le second mécanisme, à conférer la suprématie à la seconde catégorie de disposition en cause et à conclure qu’ « il ne s’agissait donc pas, pour la Haute Juridiction, d’assigner à l’égalité des créanciers le caractère d’un principe inhérent à la philosophie de l’ordre juridique belge mais, plus prosaïquement, de résorber un conflit de normes de rang égal, au moyen des mécanismes classiques de résolution des antinomies »²⁴⁰.

Certains autres doctrinaires n’ont trouvé, quant à eux, d’explication à l’arrêt qu’en faisant valoir qu’aux yeux de la Cour, la cession d’un bien en garantie constituerait une sûreté réelle innommée²⁴¹.

Nous nous rallions à la position de M. ZENNER et Mme PEETERS qui estiment pertinemment avec d’autres²⁴² que, dès lors que la Cour s’en est tenue à l’interprétation de la convention par la cour d’appel, aucun enseignement en droit ne peut être tiré de son arrêt, autre que le fait que les créanciers n’ont pas le pouvoir de créer une sûreté réelle non instituée par la loi, ce qui est, écrivent-ils, une évidence dès lors que l’on considère que la notion de sûreté réelle ne vise que les hypothèques et les différentes formes de nantissement légalement organisées²⁴³.

De là résultent la difficulté majeure de l’arrêt SART TILMAN qui tient essentiellement à ce qu’il n’a pas cassé l’arrêt attaqué pour avoir appliqué à une cession en propriété non simulée

²⁴⁰ N. THIRION, « La théorie de l’égalité des créanciers en concours d’une personne morale en liquidation : nouveaux enseignements de la Cour de cassation », *loc. cit.*, p. 180.

²⁴¹ Il en est ainsi notamment de Ph. DELVAUX, « La mobilisation des créances à titre de garantie », *La transmission des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 1980, p. 547 ; J.-L. Van BOXTAEL, « La sûreté fiduciaire », *T.B.B.R.*, 1992, p. 219 ; E. DIRIX, « Nieuwe overeenkomsten tot zekerheid », *T.P.R.*, 1988, p. 325 ; I. PEETERS, « Eigendom tot zekerheid », *O.V.H. voorrechten en hypotheken*, n° 24, décembre 2002, numéros 64 et suivants, cités par A. ZENNER et I. PEETERS, « L’opposabilité des garanties conventionnelles permettant d’échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d’une plus grande sécurité juridique », *loc. cit.*, p. 882.

²⁴² On peut citer notamment M. VEROUGSTRAETE qui observe qu’ « un arrêt de la Cour de cassation du 17 octobre 1996 (arrêt dit Sart Tilman) pouvait suggérer l’impression que des transferts de propriété à titre fiduciaire n’étaient pas opposables à la masse des créanciers, mais cet arrêt mérite certainement une lecture fort attentive » (I. VEROUGSTRAETE, « Actualités en droit des faillites et du concordat », *loc. cit.*, p. 314).

²⁴³ A. ZENNER et I. PEETERS, « L’opposabilité des garanties conventionnelles permettant d’échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d’une plus grande sécurité juridique », *ibid.*, p. 882 et les références citées.

et non frauduleuse une règle applicable à une sûreté réelle et les difficultés qu'il a suscitées et qu'on peut considérer comme éclaircies aujourd'hui, car il ressort du commentaire livré depuis lors, comme on le verra, par les dirigeants de la Cour elle-même que cet arrêt ne mérite pas la portée qui lui a été attribuée par une partie de la doctrine²⁴⁴.

Il n'empêche cependant que certains motifs de l'arrêt de la Cour de cassation du 17 octobre 1996 demeurent intéressants – en dépit du fait qu'ils ne sont pas innovateurs –, à telle enseigne qu'on peut y voir la portée essentielle de l'arrêt²⁴⁵. Il s'agit d'une part de la réaffirmation, conforme à une jurisprudence bien établie²⁴⁶, du principe que la dissolution d'une A.S.B.L. entraîne par elle-même un concours entre ses créanciers, et, d'autre part, du rappel de ce qu'en vertu du principe de l'égalité des créanciers, tous les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers, à moins qu'il n'y ait entre eux des causes légitimes de préférence.

3°. Evolution ultérieure : arrêts postérieurs à l'arrêt SART TILMAN et déclarations des représentants de la Cour de cassation belge au Sénat

a) Enseignements de certains arrêts ultérieurs à l'arrêt SART TILMAN

Relativement à la question sous examen, la Cour de cassation a eu à se prononcer, après l'arrêt SART TILMAN dont, on s'en doute, la portée exacte est difficile à trouver, sur la nature de la règle de l'égalité ainsi que sur la cession d'une somme d'argent en propriété.

Elle a ainsi décidé, statuant sur une fin de non-recevoir, dans son arrêt du 9 mars 2000²⁴⁷, que l'égalité des créanciers est un principe de droit impératif qui peut être invoqué pour la

²⁴⁴ A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *loc. cit.*, p. 882.

²⁴⁵ Dans ce sens, M. GREGOIRE, « Développements récents en matière de sûretés réelles », *loc. cit.*, pp. 26-27.

²⁴⁶ Voir notamment, Cass., 19 janvier 1984, *Pas.*, I, 546 ; *R.P.S.*, 1985, 239, note Fr. T'KINT ; Cass., 23 janvier 1992, *Pas.*, 1992, I, 445 et concl. Janssens de BISTHOVEN.

²⁴⁷ Cass., 9 mars 2000, *R.W.*, 2000-2001, p. 480 et note A. DE WILDE, « De posite van de koper bij faillissement van de verkoper » ; *R.D.C.*, 2002, p. 585 et note I. VERVOORT, « Ontbinding en faillissement », cité par A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *loc. cit.*, p.883. Voir également Fr. T'KINT, *op. cit.*, pp. 90-91, qui estime, en prenant appui sur cette jurisprudence, que la règle de l'égalité des créanciers est simplement impérative et non d'ordre public.

première fois devant la Cour, s'écarter de ce fait de sa formulation ancienne qui impliquait que le principe touchait à l'ordre public²⁴⁸.

Elle a également admis, par son arrêt du 4 avril 2003²⁴⁹, la validité intrinsèque, c'est-à-dire entre parties, de la cession d'une somme d'argent en propriété par un débiteur à son créancier en garantie de sa créance, en décidant que cette opération ne constitue pas un gage²⁵⁰.

On remarquera d'une part que les termes de cet arrêt sont conformes à ceux d'un ancien arrêt du 26 juillet 1872²⁵¹ qui portait sur la remise de titres de la dette et, d'autre part, qu'alors qu'elle ne s'est pas prononcée sur l'opposabilité de pareille cession fiduciaire aux tiers, il peut néanmoins en être retenu que la Haute Juridiction a écarté l'assimilation de la cession fiduciaire au gage simulé. Or, cette assimilation était invoquée, avec d'autres arguments, par ceux qui contestaient l'opposabilité de la cession de créance à titre fiduciaire, la raison étant qu'une telle cession violerait la prohibition du pacte commissaire prévue à l'article 2078 du Code civil belge²⁵².

b) Déclarations des représentants de la Cour de cassation belge au Sénat

La commission de la justice du Sénat a procédé le 6 janvier 2004 à une audition du premier président et du président de la Cour de cassation et du procureur général près celle-ci sur le rapport de cette juridiction sur l'année judiciaire 2002-2003. A cette occasion, des éclaircissements fort utiles ont été apportés, en réponse à des questions sur l'efficacité à l'égard des tiers des garanties contractuelles issues de la pratique et plus particulièrement sur

²⁴⁸ V. I. VEROUGSTRAETE, *op. cit.*, éd. 2003, n° 741, p. 448.

²⁴⁹ Cass., 4 avril 2003, *For. Fin.*, 2003, p. 375 et note I. PEETERS, « Een verdere stap naar een coherent juridisch kader voor fiduciaire eigendom tot zekerheid », cité par A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *loc. cit.*, p.883.

²⁵⁰ L'article 12. §2 de la loi belge du 15 décembre 2004 consacre expressément l'opposabilité de cette opération, nonobstant la survenance de la faillite, et clôt depuis lors aussi bien les hésitations jurisprudentielles que doctrinales sur la question.

²⁵¹ Cass., 26 juillet 1872, *Pas.*, 1872, I, p. 452.

²⁵² V. A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *ibid.*, p.883 ; M. GREGOIRE et P. Van OMMESLAGHE, « L'utilisation de la propriété comme garantie par les créanciers », actes de la journée d'études organisée le 27 septembre 1997 par Skyroom Events, doc. phot., p. 27.

la portée de l'arrêt SART TILMAN, par ces hauts magistrats sur l'opposabilité des clauses et conventions de garantie permettant d'échapper au concours²⁵³.

M. VEROUGSTRAETE, président de la Cour, évoquant l'arrêt susmentionné, n'a pas hésité à le qualifier, comme l'ensemble de la doctrine, à son tour, tantôt d' « arrêt obscur...qui n'a pas eu de suites »²⁵⁴, tantôt d'arrêt « difficilement compréhensible »²⁵⁵.

Nous trouvons utile, à la suite de M. ZENNER et Mme PEETERS, de citer *in extenso* le rapport sur cette question en vue de faciliter l'appréciation exacte des propos de Monsieur VEROUGSTRAETE²⁵⁶ :

« M. VEROUGSTRAETE souligne l'existence d'une constante dans l'évolution de la jurisprudence de la Cour depuis 1996²⁵⁷ en matière de droits de créanciers.

La Cour est consciente de l'existence d'un droit de l'insolvabilité à deux vitesses : d'une part, celui des institutions de crédit et, de l'autre, celui des petites entreprises et des commerçants individuels.

Elle s'efforce de rapprocher les deux car, malgré les textes européens qui expliquent cette divergence, il s'agit d'une évolution extrêmement malencontreuse.

Elle le fait également en renonçant à deux idées reçues que l'on retrouve dans la doctrine depuis plusieurs années.

La première est que la faillite est d'ordre public, et la seconde est qu'il n'y a « pas de sûreté sans texte ».

La Cour a pris ses distances par rapport à ces deux idées dans un arrêt du 9 mars 2000, mentionné par M. ZENNER.

En effet, les mécanismes de garantie que créent les opérateurs économiques ont précisément pour but d'échapper à la règle de l'égalité des créanciers, une notion qui a été vue de façon trop stricte dans le passé.

²⁵³ Doc. parl., Sén., 3-453/1, cité par A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *loc. cit.*, p. 883.

²⁵⁴ Doc. parl., p. 13.

²⁵⁵ *Idem*, p. 19.

²⁵⁶ *Ibid.*, pp. 12 et 13 ; A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *ibid.*, p. 883.

²⁵⁷ C'est-à-dire depuis l'arrêt SART TILMAN.

C'est pourquoi la Cour admet des mécanismes conventionnels, dont le sale and lease back, malgré la faillite et les situations de concours.

Après l'arrêt obscur du 17 octobre 1996 (arrêt SART TILMAN) évoqué par M. ZENNER, la Cour s'est aperçue du trouble considérable qu'il avait provoqué parmi les opérateurs économiques et commerciaux. Cet arrêt n'a pas eu de suites.

La même année, la Cour a admis l'opposabilité du leasing et depuis lors, plusieurs opérations fiduciaires sont admises.

Pour cela, il a fallu admettre l'opposabilité des mécanismes conventionnels préférentiels.

Certains arrêts, comme un arrêt du 26 juin 2003 en matière de compensation après cession de créance, peuvent sembler opérer un retour en arrière.

Cependant, ces considérations se placent dans un contexte tellement spécifique que l'on ne peut en tirer des conclusions générales.

L'intervenant renvoie également à l'article 46 de la loi sur les faillites, relatif aux contrats en cours.

Cette disposition, dont l'importance n'a pas encore été totalement perçue, permet également d'affirmer et de protéger la continuation des contrats malgré la faillite, en toutes leurs clauses ».

Plusieurs enseignements peuvent, en effet, être tirés de ces déclarations, mais nous pensons qu'elles montrent clairement non seulement que les principes énoncés dans l'arrêt SOCOL n'ont pas été remis en cause par l'arrêt SART TILMAN, mais aussi et surtout que l'autonomie de la volonté doit être reconnue, moyennant les réserves importantes mentionnées ci-dessus, même dans des effets que la jurisprudence de la Cour suprême n'a pas encore permis de dégager explicitement.

L'évolution jurisprudentielle ultérieure à l'arrêt SART TILMAN manifestement en faveur de l'opposabilité de certaines clauses et conventions de garantie permettant d'échapper au concours, telle que corroborée par les déclarations des représentants de la Cour de cassation au Sénat, a-t-elle trouvé écho dans les développements législatifs ultérieurs à cet arrêt ? C'est à cette question que nous allons répondre dans les lignes qui suivent.

B. Développements législatifs

1°. En droits belge et uniforme OHADA

La loi belge du 7 août 1997 sur les faillites ainsi que l'Acte uniforme OHADA du 10 avril 1998 portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif ont doublement innové dans le domaine des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours en consacrant d'une part, aux articles 101 de la loi sur les faillites et 103, alinéa 2, de l'Acte uniforme précité, l'opposabilité de la réserve de propriété (moyennant des conditions tendant à éviter toute fraude ici et là et publication de la clause au Registre du commerce et du crédit mobilier en droit uniforme), et, d'autre part, aux articles 46 de la loi sur les faillites et 107 et 108 de l'Acte uniforme sous examen, le principe que le jugement déclaratif ou d'ouverture n'emporte pas la dissolution des conventions conclues par le failli, avec ce corollaire, on s'en doute, que, s'il ne décide pas de ne pas exécuter une convention, le curateur ou syndic ne peut exercer les droits qui en découlent pour le failli que selon les modalités, dans les conditions et sous les restrictions qui auraient pu être proposées au failli lui-même²⁵⁸.

La doctrine relative au droit uniforme retient, par ailleurs, qu'un contrat est en cours lorsqu'il n'a pas épuisé ses effets fondamentaux au jour du jugement d'ouverture. Elle trouve une précision dans la doctrine belge qui voit dans la notion de contrats en cours tout contrat antérieur à la faillite dont elle n'emporte pas la dissolution et dont la prestation caractéristique n'est pas encore exécutée par son débiteur²⁵⁹.

La question fondamentale qui se pose maintenant est de savoir comment comprendre cette évolution législative en cette matière. En d'autres termes, que peut-on en retenir comme leçon ?

A cet égard, une partie de la doctrine avait déjà écrit, bien avant le progrès apporté par ces législations en ce domaine, que « si l'opposabilité des clauses de réserve de propriété (...) »

²⁵⁸ V. A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *loc. cit.*, pp. 882-883.

²⁵⁹ E. DIRIX « Faillissement en lopende overeenkomsten », *R.W.*, 2003-2004, n° 5, p. 202, cité par A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *ibid.*, p.882.

devait être admise dans notre ordre juridique²⁶⁰ en faveur des vendeurs de meubles, on n'assisterait tout au plus qu'à un renversement de tendance et on n'aurait pas par là la solution de principe »²⁶¹.

Poussée très loin, cette limitation de la portée de cette évolution législative conduirait à méconnaître l'objectif du législateur en adoptant ces législations, qui était, écrit-on à juste titre, de conférer au principe de l'opposabilité des clauses et conventions de garantie qui permettent d'échapper au concours une portée générale, qu'elles reposent sur des droits réels ou sur des droits personnels²⁶².

Le droit français, qui consacre l'opposabilité des clauses de réserve de propriété depuis la loi 80-335 du 12 mai 1980 dont la solution a été conservée par la loi du 25 janvier 1985 (article 121, alinéa 2), laquelle a subi des modifications de la loi du 10 juin 1994 et de celle du 1^{er} juillet 1996, affiche également de manière claire la volonté de consacrer dans la plupart des cas la validité et l'opposabilité indiscutables de ces clauses²⁶³. Il en est d'ailleurs de même du droit uniforme OHADA, dont l'Acte uniforme précité se situe en la matière dans la mouvance française, en dépit de sa spécificité notable consistant à conditionner la validité des clauses de réserve de propriété à leur publication régulière au registre du commerce et du crédit mobilier²⁶⁴.

On ne peut ignorer, en outre, même si aucun enseignement utile pour notre débat n'en résulte, que le respect de la clause de réserve de propriété par la masse faillie a été justifié, en droit belge, aussi bien par des considérations économiques, que ce soit sur le plan interne (nécessité de « diminuer les effets perturbateurs de la faillite sur le marché ») ou sur celui du commerce extérieur (nécessité de rompre avec « l'isolement de la Belgique dans ce domaine » et « d'aligner son droit sur celui des autres Etats membres »)²⁶⁵, que par la considération qu'il

²⁶⁰ Ordre juridique belge.

²⁶¹ I. MOREAU-MARGREVE, « Faut-il réviser les dispositions du Code civil en matière de sûretés et dans l'affirmative, quelles seraient les grandes orientations d'une révision ? », *loc. cit.*, p. 588.

²⁶² A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *loc. cit.*, p. 883.

²⁶³ M. FILIGA SAWADO, *op. cit.*, p. 241.

²⁶⁴ *Idem*, pp. 241-242.

²⁶⁵ A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *ibid.*, p. 883 ; on peut trouver les mêmes justifications dans un document publié par

était malaisé de justifier pourquoi l'utilisation de la propriété à titre de garantie était tenue pour opposable dans certains cas alors qu'elle ne l'était pas dans d'autres²⁶⁶.

Plus éclairante est la présentation au Sénat de la disposition relative à la réserve de propriété par le ministre de la Justice, car elle semble confirmer aussi la portée générale à lui accorder. Il relève, en effet, « qu'avec cette disposition, le gouvernement propose de restaurer le fonctionnement *erga omnes* du droit de propriété. Il le fait en déclarant que la faillite ne porte pas atteinte au droit de revendication du propriétaire. Le gouvernement a volontairement choisi une formulation large en stipulant que dans toutes les situations où quelqu'un est resté propriétaire d'un bien, il peut revendiquer ce bien entre quelques mains qu'il se trouve et par conséquent aussi entre les mains du curateur. Ce qui implique que sont visés la clause de réserve de propriété, mais aussi le leasing et d'autres situations de ce genre... »²⁶⁷.

Il convient de noter, au surplus, que le ministre de la Justice a, de manière générale, adhéré aux considérations ci-après de M. Van OMMESLAGHE sur les garanties issues de la pratique, qu'il a fait reproduire au rapport : « Le privilège au sens propre du terme (...) suppose que l'on affecte le produit de la réalisation d'un bien au paiement de certaines créances. Il ne saurait résulter que de la loi. En revanche, des clauses de préférence peuvent résulter indirectement du jeu normal d'institutions de droit des obligations, éventuellement combinées avec le droit de propriété, et ces conséquences doivent être acceptées par les tiers en vertu du principe de l'effet externe des contrats et de la règle selon laquelle les contrats conclus par le failli sont opposables à ses créanciers pour autant naturellement que ces opérations soient exemptes de fraude, et sauf les exceptions prévues expressément par la loi »²⁶⁸.

Aussi est-il déterminant, en cette matière, le rejet par le ministre de la Justice de l'assimilation de la garantie constituée par la propriété à une sûreté établie en dehors des règles légales, en notant qu'elle pourrait « ébranler le système du leasing » et en précisant qu'un « privilège a... pour but d'octroyer un droit de préférence *erga omnes* au titulaire d'un droit de créance et non

la Fédération des Entreprises de Belgique en février 1998 intitulé : *Réserve de propriété et privilège du vendeur. Commentaire et clauses types*, pp. 5-6.

²⁶⁶ A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *loc. cit.*, p. 883.

²⁶⁷ *Doc. parl.*, Sén., n° 498/11, 1996-1997, p. 155.

²⁶⁸ *Doc. parl.*, Ch. repr., n° 329/17, 1995-1996, pp. 157 à 159.

d'accorder un droit de préférence au titulaire d'un droit réel (*in casu* le propriétaire) dont il bénéficiait déjà »²⁶⁹.

Il reste à souligner que le progrès accompli en ce domaine par les législations citées ci-dessus mérite d'être salué et que le législateur belge surtout ne cesse d'intervenir pour écarter tout soupçon à propos de mécanismes de ce type, et plus spécialement à propos du transfert de propriété à titre de garantie et des clauses de résolution anticipée, de compensation et d'apurement des comptes entre les parties visées (*sett-off, netting and close-out provisions*)²⁷⁰.

Ce qui, finalement, atténue sensiblement, de nos jours, le constat de Mme MOREAU-MARGREVE qui, s'appuyant sur les restrictions légales à l'action en résolution (article 20, 5°, de la loi hypothécaire) et à la compensation légale (article 1298 du Code civil), écrit qu'« on peut (...) dégager une indication sur la perspective dans laquelle s'inscrit l'action législative : des mécanismes qui ne sont assurément pas des sûretés réelles parce que leur raison d'être n'est pas de conférer à un créancier un droit de préférence par rapport aux autres créanciers, sont écartés – plus ou moins nettement – lorsqu'ils produiraient cet effet »²⁷¹.

Outre cette précision importante du ministre de la Justice qui vient d'être citée à cet égard, l'on doit non seulement mentionner que la compensation est actuellement admise plus largement après la faillite de l'une des parties en jurisprudence²⁷², mais aussi indiquer que les règles particulières qui continuent à restreindre les droits du vendeur impayé (article 20, 5°, de la loi hypothécaire) ainsi que les conditions auxquelles est subordonnée la réserve de propriété (articles 101 de la loi sur les faillites et 103, alinéa 2, de l'Acte uniforme) doivent aujourd'hui être conçues comme l'expression d'une pondération particulière par le législateur entre les

²⁶⁹ A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *loc. cit.*, p. 883.

²⁷⁰ *Idem*, p. 883. Les auteurs relèvent ici qu'en plus de l'article 157 de la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit dont le champ d'application a encore été étendu par l'arrêté royal du 28 janvier 1998 et par l'article 19 de la loi du 25 février 2003, il peut à cet égard être fait référence à l'article 25 bis, de la loi du 2 janvier 1991, introduit par la loi du 15 juillet 1998, relative au marché des titres de la dette publique et aux instruments de la politique monétaire et aux articles 8 et 9 de la loi du 28 avril 1999 visant à transposer la directive 98/26/C.E. du 19 mai 1998 concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres.

²⁷¹ I. MOREAU-MARGREVE, « Faut-il réviser les dispositions du Code civil en matière de sûretés et dans l'affirmative, quelles seraient les grandes orientations d'une révision ? », *loc. cit.*, p. 586.

²⁷² M. GREGOIRE, « Développements récents en matière de sûretés réelles », *loc. cit.*, pp. 52 et s. qui s'appuie sur une série d'arrêts en cette matière pour illustrer la portée de cet assouplissement.

intérêts du vendeur d'une part, et ceux des autres créanciers de l'autre²⁷³. Il y a donc, à l'heure actuelle, en un mot comme en cent, un balancement entre l'hostilité et l'admission large²⁷⁴.

2°. Au niveau européen

On peut observer, à ce niveau, la consécration de l'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours dans la directive 2001/17/C.E. du Parlement européen et du Conseil du 19 mars 2001 concernant l'assainissement et la liquidation des entreprises d'assurance, dans la directive 2001/24/C.E. du 4 avril 2001 du Parlement européen et du Conseil concernant l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit et surtout dans la directive 2002/47/C.E. du Parlement européen et du Conseil du 6 juin 2002 concernant les contrats de garantie financière.

Nous exposerons ici, à titre illustratif, certains points de cette dernière directive relatifs à la question sous examen (a) et nous verrons ensuite ce qui peut être retenu de la loi belge assurant sa transposition (b).

a) La directive 2002/47/C.E. concernant les contrats de garantie financière et l'opposabilité des clauses et conventions de garantie permettant d'échapper au concours

Il convient de souligner d'emblée que nous n'abordons ici que les aspects relatifs à l'opposabilité des clauses et conventions de ce type. Une étude pénétrante, à laquelle nous référons pour de plus amples informations, a, quant à elle, brillamment exposé l'économie générale de cette directive²⁷⁵.

La première disposition consacrant de manière explicite l'opposabilité des conventions de ce type est l'article 4.5 de la directive précitée qui prévoit que « *les Etats membres font en sorte qu'un contrat de garantie financière*²⁷⁶ *puisse prendre effet selon les modalités qu'il prévoit*

²⁷³ A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *loc. cit.*, note infrapaginale n° 94, p. 872.

²⁷⁴ M. FILIGA SAWADOGO, *op. cit.*, p. 241, s'exprime ainsi à l'égard notamment des clauses de réserve de propriété.

²⁷⁵ Fr. T'KINT et W. DERIJCKE, « La directive 2002/47/C.E. concernant les contrats de garantie financière au regard des principes généraux du droit des sûretés », *Euredia*, 2003, pp. 41-57.

²⁷⁶ C'est-à-dire « un contrat de garantie financière avec transfert de propriété ou un contrat de garantie financière avec constitution de sûreté, qu'ils soient couverts ou non par un accord-cadre (master agreement) ou par des conditions et modalités générales » [article 2.1.a) de la directive].

indépendamment de l'engagement ou de la poursuite d'une procédure de liquidation²⁷⁷ ou de mesures d'assainissement²⁷⁸ à l'égard du constituant ou du preneur de la garantie ».

Cette procédure de liquidation concerne bel et bien la procédure de faillite ou de liquidation des biens. Ainsi, les effets du contrat de garantie financière devront-ils être respectés même en cas de concours né de la faillite ou liquidation des biens. Il y a là une volonté manifeste du législateur de faire prévaloir la sécurité des transactions internationales sur les intérêts spécifiques des créanciers dans les procédures visées²⁷⁹.

L'article 7.1 de la directive susmentionnée consacre également l'opposabilité d'une clause de garantie permettant d'échapper au concours en ces termes :

« Les Etats membres veillent à ce qu'une clause de compensation avec déchéance du terme puisse produire ses effets selon les modalités qu'elle prévoit :

- a) nonobstant l'engagement ou la poursuite d'une procédure de liquidation ou de mesures d'assainissement à l'égard du constituant et du preneur de la garantie ou de l'un d'entre eux ;*
- b) nonobstant toute cession, toute saisie, judiciaire ou autre, ou tout autre aliénation alléguées des droits concernés ou concernant lesdits droits. »*

Cette disposition tient, en effet, compte du contexte essentiellement financier dans lequel s'inscrit la directive, lequel contexte commande que le mode de dénouement normal des relations entre parties résulte en une opération de compensation et que les clauses de compensation puissent dès lors, en tout temps, sortir pleinement leurs effets²⁸⁰.

²⁷⁷ C'est-à-dire « une procédure collective comprenant la réalisation des actifs et la répartition du produit de cette réalisation entre les créanciers, les actionnaires, les associés ou les membres selon les cas, et comportant l'intervention d'une autorité administrative ou judiciaire, y compris lorsque cette procédure est clôturée par un concordat ou une autre mesure analogue, qu'elle soit ou non fondée sur une insolvabilité et indépendamment de son caractère volontaire ou obligatoire » [article 2.1.j)].

²⁷⁸ C'est-à-dire « des mesures impliquant l'intervention d'une autorité administrative ou judiciaire, qui sont destinées à préserver ou rétablir la situation financière et qui affectent les droits préexistants de tiers, y compris notamment les mesures qui comportent une suspension des paiements, une suspension des mesures d'exécution ou une réduction des créances » [article 2.1.k) de la directive].

²⁷⁹ Fr. T'KINT et W. DERIJCKE, « La directive 2002/47/C.E. concernant les contrats de garantie financière au regard des principes généraux du droit des sûretés », *loc. cit.*, p. 54.

²⁸⁰ Fr. T'KINT et W. DERIJCKE, « La directive 2002/47/C.E. concernant les contrats de garantie financière au regard des principes généraux du droit des sûretés », *loc. cit.*, p. 54.

MM. T’KINT et DERIJCKE²⁸¹ n’y voient pas, avec raison, une atteinte au principe d’égalité des créanciers dans la mesure où, en ce qui concerne les contrats de garantie financière avec constitution de sûreté, les créanciers du constituant doivent respecter les sûretés que celui-ci a valablement constituées, ceux du preneur n’ayant pas droit, pour leur part, sur des biens qui, en définitive, n’appartenaient pas au patrimoine de leur débiteur. Ces auteurs relèvent également qu’en l’espèce, la connexité entre les créances réciproques du constituant et du preneur est peu contestable : ce que le premier doit au second n’est que la garantie pour ce que le second doit au premier.

Ils mentionnent, en outre, relativement aux contrats de garantie financière avec transfert de propriété que la solution requiert néanmoins que la propriété du preneur soit une véritable propriété fiduciaire, laquelle suppose que les biens concernés n’entrent pas dans le patrimoine propre de ce preneur²⁸².

La directive règle enfin l’importante question de l’incidence de l’ouverture d’une procédure de redressement ou de liquidation sur les opérations qu’elle organise. C’est l’objet de son article 8 dont le raisonnement peut être résumé en quatre temps²⁸³.

Premièrement, une opération concernée par la directive ne peut être déclarée nulle ou inopposable du seul fait qu’elle a eu lieu le jour de l’ouverture d’une procédure de redressement ou de liquidation, mais avant le prononcé de la décision de justice, ou pendant une quelconque période suspecte fixée rétroactivement par rapport à cette ouverture (article 8. 1 de la directive).

Aussi, une opération concernée par la directive ne peut être déclarée nulle ou inopposable lorsqu’elle a eu lieu le jour du prononcé d’une décision de justice ouvrant une procédure de redressement ou de liquidation mais après ce prononcé, « si le preneur de la garantie peut apporter la preuve qu’il ignorait que cette procédure avait été ouverte ou que ces mesures avaient été prises ou qu’il ne pouvait raisonnablement le savoir » (article 8. 2 de la directive).

²⁸¹ *Idem*, p. 55.

²⁸² *Ibid.*, p. 55. Ils précisent à cet égard que si on s’incline devant cette logique, la solution retenue par la directive s’impose.

²⁸³ *Ibid.*, pp. 55-56.

En plus, si l'opération concernée par la directive prévoyait des adaptations à ou des modifications de l'assiette de la sûreté, ces adaptations ou modifications ne peuvent être déclarées nulles ou inopposables « *du seul fait que* :

- i) *cette constitution a eu lieu à la date d'ouverture de la procédure de liquidation ou de la prise de mesures d'assainissement, mais avant le prononcé d'une ordonnance ou d'un jugement à cet effet, ou au cours d'une période déterminée précédant et définie en fonction de l'ouverture de la procédure de liquidation ou de la prise des mesures d'assainissement ou en fonction du prononcé d'une ordonnance ou d'un jugement ou encore de toute autre action entreprise ou de tout fait survenu au cours de cette procédure ou des mesures susvisées, et/ou*
- ii) *les obligations financières couvertes sont nées avant la date de la constitution d'instruments financiers ou d'espèces en garantie, à titre complémentaire ou non, ou à titre de remplacement ou d'échange* » (article 8. 3 de la directive).

L'automaticité de sanctions de la période suspecte est enfin visée par l'article 8.4 de la directive en ces termes :

« *Sans préjudice des paragraphes 1, 2 et 3, la présente directive n'affecte pas les règles générales de la législation nationale en matière d'insolvabilité en ce qui concerne la nullité des opérations conclues au cours de la période déterminée visée au paragraphe 1, point b), et au paragraphe 3, point i).* » Ceci revient à dire, en d'autres mots, qu'une opération concernée par la directive n'est pas par définition à l'abri de toute sanction résultant de la période suspecte : elle pourra être déclarée inopposable si une autre condition d'inopposabilité est satisfaite, comme, lorsque seraient satisfaites les conditions de l'article 18 de la loi belge sur les faillites²⁸⁴.

Voyons maintenant comment cette directive a-t-elle été transposée en droit belge.

b) La loi du 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières et portant des dispositions fiscales diverses en matière de conventions constitutives de sûreté réelle et de prêts portant sur des instruments financiers

²⁸⁴ Fr. T'KINT et W. DERIJCKE, « La directive 2002/47/C.E. concernant les contrats de garantie financière au regard des principes généraux du droit des sûretés », *loc. cit.*, pp. 56-57

C'est cette loi qui assure, en effet, la transposition en droit belge de la directive que nous venons d'examiner. Elle ne peut partant qu'en être marquée.

Nous pouvons citer notamment les dispositions suivantes de cette loi qui portent les traces de cette large consécration de l'opposabilité des clauses et conventions de garantie permettant d'échapper au concours :

- l'article 12. § 2 affirme clairement, s'agissant de transfert de propriété à titre de garantie, que « *les transferts de propriété visés au § 1^{er}²⁸⁵ sont valables et opposables aux tiers, en ce compris les prérogatives découlant de la propriété permettant notamment l'aliénation des avoirs qui en forment l'objet ou la compensation des créances y afférentes, nonobstant une procédure d'insolvabilité, la saisie ou la survenance de toute situation de concours entre les créanciers d'une des parties à ces conventions* ». Cette loi consacre ainsi clairement, dans son champ d'application, le principe de l'opposabilité du transfert de propriété à titre de garantie²⁸⁶.
- l'article 14 dispose aussi, au chapitre relatif aux conventions de netting²⁸⁷, que « *les conventions de netting, ainsi que les clauses et conditions résolutoires ou de déchéance du terme stipulées pour permettre la novation ou la compensation, peuvent, sans mise en demeure ni décision judiciaire préalable, nonobstant toute cession des droits sur lesquelles elles portent, en cas de procédure d'insolvabilité, de saisie ou de toute situation de concours, être opposées aux créanciers si la créance et la dette à nover ou à compenser existent lors de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ou de la survenance*

²⁸⁵ Ce paragraphe 1^{er} prévoit que « l'article 1238 et les dispositions du livre III, titre XVII, du Code civil ainsi que les dispositions du livre I^{er}, titre IV, du Code de commerce ne sont applicables aux transferts de propriété d'instruments financiers ou d'espèces en vue de garantir des engagements, qui comprennent un engagement du cessionnaire de rétrocéder les instruments financiers ou les espèces cédées, ou des instruments ou valeurs équivalents, sauf en cas d'inexécution totale ou partielle de l'engagement garanti

Il en va de même des appels en marge ainsi que de la substitution en cours de contrat de nouveaux instruments financiers ou d'autres espèces aux avoirs cédés initialement. »

²⁸⁶ Ce qui, selon M. VEROUGSTRAETE, ne constitue pas, si on se réfère aux articles 27 de la loi sur la protection des salaires et 23 de la loi sur les marchés publics, une innovation absolue ; tout simplement, la loi étant fortement la portée de telles opposabilités qui existaient déjà dans certains secteurs et les procédures impliquant un concours ne peuvent faire obstacle à la règle de l'opposabilité, sous réserve de l'application de l'article 17, 3°, de la loi sur les faillites qui vaut en toute matière de sûretés (I. VEROUGSTRAETE, « Actualités en droit des faillites et du concordat », *loc. cit.*, p. 315).

²⁸⁷ C'est-à-dire « les conventions de novation ou de compensation bilatérale ou multilatérale » (article 3, 4° de cette loi).

de la saisie ou d'une situation de concours, quels que soient la date de leur exigibilité, leur objet ou la monnaie dans laquelle elles sont libellées. »

- L'article 15. § 1^{er}, situé au chapitre réservé à l'insolvabilité, ouvre largement la porte à l'opposabilité des clauses et conventions sous examen en ces termes : *« les conventions constitutives de sûreté réelle et les conventions de netting sont valables et opposables aux tiers et peuvent donc sortir leurs effets y compris en cas de procédure d'insolvabilité ou de saisie ou en cas de situation de concours, si la conclusion de ces conventions précède le moment de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, la survenance d'une saisie ou d'une situation de concours, ou si ces conventions ont été conclues après ce moment, dans la mesure où la contrepartie peut se prévaloir au moment où la convention a été conclue d'une ignorance légitime de l'ouverture ou de la survenance antérieure d'une telle procédure ou situation. »*

En conclusion, cette directive, tout comme la loi belge qui la transpose, en consacrant davantage les clauses et conventions de garantie permettant d'échapper au concours et en mettant partant fin à moult hésitations jurisprudentielles et doctrinales y relatives au regard de son application générale²⁸⁸, part d'un objectif précis : assurer la sécurité des transactions financières et, particulièrement, des contrats de garantie qui les appuient²⁸⁹. Pareil objectif implique, on s'en doute, une balance des intérêts : dans l'esprit des auteurs de la directive, fait-on observer, l'intérêt du marché en tant que tel doit l'emporter sur les intérêts particuliers de certains créanciers qui, par choc en retour, se trouvent lésés ; c'est là une appréciation politique²⁹⁰.

Il va sans dire que les créanciers chirographaires, qui figurent incontestablement parmi les créanciers lésés par cette évolution législative, devront payer cher les conséquences de cette appréciation politique, qui empire leur situation au lieu de l'améliorer.

Il convient, en outre, de faire observer que cette directive ainsi que la loi la transposant ne manquent pas de bousculer quelque peu les principes généraux du droit des sûretés à telle

²⁸⁸ Voir notamment l'article 3. 5° de la loi du 15 décembre 2004 précitée.

²⁸⁹ Fr. T'KINT et W. DERIJCKE, « La directive 2002/47/C.E. concernant les contrats de garantie financière au regard des principes généraux du droit des sûretés », *loc. cit.*, p. 57.

²⁹⁰ *Idem*, p. 57.

enseigne qu'on pourrait en tout cas y voir un incitant à une œuvre plus ambitieuse qui consisterait, comme nous le préconisons ci-après, à assainir le droit des sûretés²⁹¹.

Ceci étant, nous pouvons maintenant examiner brièvement, à titre illustratif, à la lumière de tout ce qui précède et compte tenu des controverses qu'elles suscitent, quelques clauses et conventions de garantie particulières.

§5. Analyse de quelques clauses et conventions de garantie

Comme le titre l'indique, il ne sera pas question ici d'examiner toutes les clauses et conventions de garantie. Nous référons pour une analyse approfondie de certaines de celles-ci à l'étude de M. ZENNER et Mme PEETERS²⁹².

La présente analyse est essentiellement focalisée, en vue d'illustrer nos considérations précédentes et aux fins de nos développements ultérieurs, sur l'usage de la propriété comme mécanisme de garantie (A) et le recours à la connexité comme source de garantie en matière de compensation, d'exception d'inexécution ou de droit de rétention (B).

²⁹¹ Fr. T'KINT et W. DERIJCKE, « La directive 2002/47/C.E. concernant les contrats de garantie financière au regard des principes généraux du droit des sûretés », *loc. cit.*, p. 57.

²⁹² A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *loc. cit.*, pp. 884 et s. et les références citées. Les auteurs y examinent notamment :

- la condition et la clause résolutoires qui sont opposables à la masse, sauf dans certaines circonstances pour le cas de la clause résolutoire ;
- les dépôts en garantie, consignations et « cantonnements amiables » dont les conventions à l'origine de ces opérations sont opposables aux curateurs en principe, même si la pratique paraît plus complexe pour la double raison que la volonté des parties, n'étant pas toujours limpide, est susceptible de qualifications qui prêtent à controverse (dans la mesure où on peut voir dans l'opération un paiement, un gage ou une simple affectation en garantie) et que les parties perdent parfois de vue les droits éventuels de la banque et ceux des tiers sur la créance sur la banque issue de la consignation ;
- les comptes qualitatifs dont l'opposabilité de leur convention d'ouverture est controversée ;
- l'affectation de fonds : on peut noter à cet égard qu'un arrêt inédit du 3 juin 1992 de la cour d'appel de Mons a admis l'opposabilité au curateur d'un mécanisme de garantie reposant sur une affectation de fonds ;
- les restrictions à la cession d'actions nominatives de sociétés : l'on admet que l'exercice par le curateur des droits que confèrent ces parts et actions nominatives suppose l'exécution de la convention entre la société et le porteur, dont il doit respecter les restrictions, conformément au droit commun de l'opposabilité ;
- les restrictions à la cession de portefeuilles d'assurance : on relève que ces restrictions conventionnelles sont opposables au curateur du courtier conformément aux principes et que cette opposabilité est cependant parfois rejetée, soit au titre de l'absence de bonne foi de l'assureur, soit au prétexte que la clause de garantie de paiement a pour effet de créer une sûreté réelle non prévue par la loi ou de porter atteinte à l'égalité des créanciers.

A. L'utilisation du droit de propriété à des fins de garantie

La propriété d'un bien est fréquemment utilisée actuellement à des fins de garantie. Celle-ci découle, on s'en doute, du fait que ce bien, au moment de l'insolvabilité du débiteur, ne figure pas dans le patrimoine de celui-ci mais dans celui du créancier ou d'un tiers, soit qu'il n'y soit pas entré parce que la propriété en a été retenue à titre de garantie (comme c'est le cas en cas de leasing ou crédit-bail²⁹³, de consignation de stocks, de réserve de propriété²⁹⁴), soit qu'il en soit sorti parce que la propriété en a été cédée à titre de garantie (c'est le cas en cas de *sale and lease back*²⁹⁵, de la cession de créance à titre de garantie)²⁹⁶.

Nous analyserons ici, à titre d'exemple, deux institutions utilisant la propriété comme garantie, dont le régime ou l'analyse juridiques ont connu de récents développements : la clause de réserve de propriété (1°) et la cession fiduciaire de la propriété de créances ou la cession de créance à titre de garantie (2°).

1°. La clause de réserve de propriété

La clause de réserve de propriété a pris une prépondérance écrasante dans la catégorie de la propriété retenue à titre de garantie. Son succès incontestable est dû principalement au fait qu'elle remplit le vide causé par la mutilation du privilège du vendeur de meuble et de l'action résolutoire et s'explique aisément puisqu'il suffit d'insérer une clause – devenue de style – dans un document relatif à la vente pour bénéficier d'un droit exclusif sur le bien grevé

²⁹³ Le leasing est reconnu, pour ce qui est des relations entre un professionnel et un consommateur, par la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation. Son opposabilité a été admise par la Cour de cassation dans un arrêt du 17 juin 1993 (*R.D.C.*, 1994, p. 147 et note Fr. BRUYNS ; *R.C.J.B.*, 1996, p. 227, spéc. n° 37 et s.), même pour ce qui concerne le leasing financier sans recours.

²⁹⁴ La réserve de propriété par le vendeur est consacrée par les articles 101 de la loi belge sur les faillites et 103, alinéa 2, de l'Acte uniforme OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

²⁹⁵ L'opposabilité du *sale and lease back* est admise par les décisions suivantes : Com. Charleroi, 4 juin 1986, *J.L.M.B.*, 1987, p. 816 et note C. PARMENTIER ; Bruxelles, 7 novembre 1984, *R.W.*, 1984-1985, p. 2475 ; Bruxelles, 7 février 1990, *R.W.*, 1990-1991, p. 639 et note H. LIBERT ; Liège, 11 février 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1656.

²⁹⁶ V. M. CABRILLAC, « Les sûretés réelles entre vins nouveaux et vieilles outres », *loc. cit.*, p. 717 ; M. GREGOIRE, « Créanciers, comment tirer parti du droit de la propriété, du droit de rétention et du droit des obligations pour renforcer vos droits », *loc. cit.*, pp. 3-4 ; M. GRIMALDI, « Réflexions sur les sûretés propriétés (à propos de la réserve de propriété) », *loc. cit.*, p. 169-170 ; A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *loc. cit.*, pp. 888.

ou sur la créance du prix de sa vente, la formalité de publicité n'étant, là où elle est requise²⁹⁷, qu'une condition destinée à faciliter la réalisation²⁹⁸.

Le rappel de la base légale et de la portée de la consécration de l'opposabilité de la clause de réserve de propriété (a) nous permettra de découvrir sa force (b) et de savoir si la propriété réservée ne constitue pas une sûreté *sui generis* (c).

a) Siègne de la matière et portée de la consécration de l'opposabilité de la clause de réserve de propriété

• Siègne de la matière

Les articles 101 de la loi sur les faillites²⁹⁹ et 103, alinéa 2, de l'Acte uniforme OHADA précité autorisent désormais la mise en œuvre par le vendeur impayé de la clause de réserve de propriété malgré la survenance de la faillite ou l'ouverture de la procédure de liquidation des biens.

Ces dispositions peuvent ainsi être résumées³⁰⁰ :

- elles consacrent l'efficacité de la clause de réserve de propriété portant sur des biens meubles ;
- elles soumettent cette efficacité à une formalité indispensable en droit belge : la clause doit avoir été constatée par un écrit, établi au plus tard au moment de la livraison ; et à une double formalité, en ce qui concerne le droit uniforme : en plus de l'exigence d'un écrit, la clause doit être régulièrement publiée au Registre du commerce et du crédit mobilier ;

²⁹⁷ C'est le cas en droit uniforme (article 103, alinéa 2, de l'Acte uniforme précité).

²⁹⁸ V. M. CABRILLAC, « Les sûretés réelles entre vins nouveaux et vieilles outres », *loc. cit.*, pp. 717-718.

²⁹⁹ Cette disposition met fin à l'inopposabilité de cette clause aux autres créanciers de l'acheteur dès naissance du concours sur le bien vendu, notamment en cas de faillite, consacrée depuis longtemps en droit belge par les arrêts de la Cour de cassation du 9 février 1933 (Cass., 9 février 1933, *Pas.*, 1933, I, p. 103, et concl. de M. P. LECLERCQ, proc. gén.). Elle consacre à son tour l'efficacité de la clause de réserve de propriété comme ce fût le cas en France, sous l'influence du droit allemand, en 1980 (loi n° 335 du 12 mai 1980 modifiant la loi du 13 juillet 1967 sur la liquidation des biens et le règlement judiciaire). La loi française du 25 janvier 1985 n'est pas revenue sur cette consécration qu'a parachevée la loi du 10 juin 1994 en assouplissant les conditions de la revendication.

³⁰⁰ V. M. GREGOIRE, « Créanciers, comment tirer parti du droit de la propriété, du droit de rétention et du droit des obligations pour renforcer vos droits », *loc. cit.*, p. 12 ; M. GRIMALDI, « Réflexions sur les sûretés propriétés (à propos de la réserve de propriété) », *loc. cit.*, p. 176-178 ; M. FILIGA SAWADOGO, *op. cit.*, pp. 241-242 ; Fr. T'KINT, « Actualité des garanties du vendeur impayé en cas de faillite de l'acheteur », *Mélanges Jacques Van COMPERNOLLE*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 658-659.

- elles exigent que les biens vendus se retrouvent en nature chez le débiteur ; ce qui signifie, d'une part, que la clause sera admise si le bien est devenu immeuble par destination, alors qu'elle sera rejetée si les biens sont devenus immeubles par incorporation, ou « *confondus à un autre bien meuble* », aussi s'ils ont été transformés et, de l'autre, que le législateur ne donne efficacité qu'aux seules clauses de réserve de propriété dites simples, c'est-à-dire réservant au profit du vendeur la propriété de biens qui ne subissent aucune transformation ou incorporation³⁰¹ ;
- elles prévoient que l'action en revendication soit exercée avant le dépôt du premier procès-verbal de vérification des créances³⁰² et que le curateur ou syndic peut l'écarter, dans l'intérêt de la masse, en payant le prix convenu, à l'exclusion, précise l'article 108 de la loi belge sur les faillites, des intérêts et des pénalités qui restent le cas échéant des dettes dans la masse.

On remarquera, en somme, que ces dispositions concernant les revendications et les droits du vendeur sous réserve de propriété améliorent considérablement le sort des intéressés, en leur permettant d'agir de façon nettement plus efficace et souvent plus simple.

Déterminons maintenant la portée de la reconnaissance de cette clause avant d'examiner sa force.

• **Portée de la consécration de la clause de réserve de propriété**

L'article 101 sous examen relatif à l'opposabilité des clauses de réserve de propriété ne vise expressément que les situations de faillite. Ce qui laisse à penser que l'admission de l'opposabilité de ces clauses, dans la mesure où elle est insérée dans la loi sur les faillites, n'est limitée qu'à la faillite, et non aux autres cas de concours, telles la liquidation ou la saisie³⁰³ ; leur opposabilité en cas d'ouverture d'une procédure en concordat judiciaire de

³⁰¹ Voir notamment Fr. T'KINT, « Actualité des garanties du vendeur impayé en cas de faillite de l'acheteur », *loc. cit.*, p. 659, qui relève que les formes les plus élevées tendant, par exemple, à étendre l'effet de la clause au produit fini, restent sans effet de même que toute clause transférant au vendeur initial la créance résultant d'une éventuelle revente ou encore de la clause pour toutes sommes qui suspendrait le transfert de propriété jusqu'au paiement de tout ce qui est dû par l'acheteur.

³⁰² Article 101, alinéa 3, de la loi sur les faillites, applicable à partir du 1^{er} janvier 2006 conformément à l'article 4 de la loi du 6 décembre 2005.

³⁰³ M. GREGOIRE, « Créanciers, comment tirer parti du droit de la propriété, du droit de rétention et du droit des obligations pour renforcer vos droits », *loc. cit.*, p. 13.

l'acheteur étant consacrée par les articles 29 et 30 de la loi belge relative au concordat judiciaire.

Le problème peut également être soulevé en ce qui concerne l'article 103, alinéa 2, de l'Acte uniforme qui consacre expressément ces clauses en cas de liquidation des biens du débiteur, laissant ainsi ouverte la question de savoir si celles-ci sont admises également en cas de saisie.

Il est soutenu en revanche que le principe étant que les conventions produisent leur effet externe sans formalité particulière, les conditions assignées par l'article 101 de la loi sur les faillites, dérogatoires au droit commun, seraient en cela d'interprétation restrictive. En conséquence, la clause serait, au regard de ce raisonnement, opposable aux tiers sans formalité (mais sous réserve des règles de preuve) dans le cadre de voies d'exécution autres que la faillite³⁰⁴.

Il y a lieu de reconnaître enfin que la question de savoir si les clauses sous examen seront dorénavant opposables dans les autres situations de concours entre créanciers – notamment en cas de mise en liquidation d'une société ou de saisie – reste controversée et qu'il appartient en définitive à la jurisprudence, et en particulier à la Cour de cassation, en droit belge, ou à la Cour commune de justice et d'arbitrage, en droit uniforme, de trancher cette question³⁰⁵.

b) La force de la réserve de la propriété

Pour apprécier la force de la réserve de la propriété, nous devons distinguer plusieurs hypothèses de conflits avec des tiers dans la mesure où le vendeur qui invoque celle-ci peut entrer en conflit avec des tiers qui font aussi valoir des droits sur le bien vendu. On distinguera dès lors le conflit résultant de l'aliénation du bien du conflit découlant du concours avec d'autres créanciers.

³⁰⁴ M. GREGOIRE, « Créanciers, comment tirer parti du droit de la propriété, du droit de rétention et du droit des obligations pour renforcer vos droits », *loc. cit.*, p. 13. L'auteur souligne que, dans le cadre de la faillite, l'opposabilité serait soumise à la satisfaction de l'exigence d'un écrit.

³⁰⁵ *Réserve de propriété et privilège du vendeur. Commentaire et clauses types*, document F.E.B. déjà cité, pp. 7-8 et références citées. Ce document souligne que plusieurs auteurs plaident pour une extension de l'opposabilité à toutes les situations de concours (p. 7).

- **En cas d'aliénation du bien**

Le créancier réservataire dispose, en principe, contre le tiers acquéreur, du droit de suite attaché à la propriété. Mais, en matière mobilière, son droit de suite pourra être neutralisé par l'article 2279 du Code civil, qui lui interdit de revendiquer les biens entre les mains du tiers acquéreur de bonne foi déjà entré en possession³⁰⁶. C'est là un risque sérieux quand on sait que le débiteur, étant en possession du bien, est en position de le vendre, et que la bonne foi du tiers acquéreur, c'est-à-dire son ignorance de la réserve de propriété, est présumée³⁰⁷, du moins en droit belge où l'exigence de publicité n'existe pas, contrairement au droit uniforme qui l'inscrit parmi les conditions d'opposabilité aux tiers de la clause de réserve de propriété. Il va sans dire dès lors que si celle-ci a été publiée, le tiers acquéreur ne peut invoquer sa bonne foi (mais un sous-acquéreur, qui n'est pas réputé connaître le vendeur originaire, le pourra³⁰⁸).

On comprend également que face au risque d'aliénation du bien, le créancier réservataire se trouve, en droit belge, dans une situation plus fragile que le créancier gagiste protégé essentiellement par la dépossession³⁰⁹.

- **En cas de concours avec d'autres créanciers**

Plusieurs situations doivent être distinguées :

- la situation où le créancier réservataire est en concours avec les créanciers chirographaires illustre suffisamment la force de cette clause en cas de concours découlant de la faillite ou liquidation des biens: en ce cas, la priorité du réservataire se veut absolue, car les créanciers chirographaires ne peuvent, dans ces procédures collectives, saisir le bien, puisqu'il n'appartient pas à leur débiteur, alors que le réservataire peut le revendiquer avant la clôture du procès-verbal de vérification des créances (en droit belge)

³⁰⁶ M. GRIMALALDI, « Réflexions sur les sûretés propriétés (à propos de la réserve de propriété) », *loc. cit.*, p. 180 ; *Réserve de propriété et privilège du vendeur. Commentaire et clauses types*, document F.E.B. déjà cité, p. 14.

³⁰⁷ M. GRIMALALDI, « Réflexions sur les sûretés propriétés (à propos de la réserve de propriété) », *ibid.*, p. 180.

³⁰⁸ *Idem*, p. 180. L'auteur cite, à cet égard, une jurisprudence française, en matière de crédit-bail : Cass. Com., 14 octobre 1997, *Bull.*, IV, n° 257.

³⁰⁹ *Ibid.*, p. 180.

et dans les trois mois suivant la publicité du dépôt de l'arrêté des créances ou de la décision de justice admettant les revendications (en droit uniforme) ;

- la situation où le réservataire est en concours avec les créanciers munis de sûretés traditionnelles, privilèges ou gages : le créancier réservataire a, en principe, la priorité, qui lui assure l'exclusivité sur la valeur de la chose³¹⁰. Deux tempéraments s'imposent toutefois : d'une part, la réserve de propriété cède devant le droit de rétention, dans la mesure où le droit de rétention est opposable au créancier propriétaire de la chose retenue³¹¹ et, d'autre part, la réserve de propriété cède aussi devant le gage si le créancier gagiste, étant entré de bonne foi en possession du meuble litigieux, peut se prévaloir de l'article 2279 du Code civil³¹². Cette bonne foi sera, on l'a vu, mise en doute et le droit de suite ne sera pas tenu en échec si la réserve de propriété a fait l'objet d'une publication, comme l'exige le droit uniforme. Il en résulte qu'hormis ces deux cas, la propriété du réservataire garantit un paiement que n'assure pas le droit de préférence du créancier gagiste, qui n'est pas de premier rang³¹³.
- La situation où le réservataire est en concours avec d'autres créanciers munis de sûretés propriétés : en ce cas, le conflit peut opposer deux propriétés réservées, le même bien ayant fait l'objet de ventes successives semblablement assorties de réserves de propriété et pareillement impayées ; le premier créancier l'emportera, les suivants n'ayant pu se réserver une propriété dont ils n'étaient pas titulaires, sauf application de l'article 2279 du Code civil³¹⁴. Il peut aussi opposer, comme le montre si bien Monsieur GRIMALDI³¹⁵, une propriété réservée à une propriété cédée, comme c'est le cas lorsque l'acquéreur d'un bien meuble sous réserve de propriété revend ledit bien puis cède sa créance sur le sous-acquéreur à titre de garantie du remboursement d'un emprunt ; or, le vendeur originaire, resté impayé, entend exercer sa propriété réservée sur la créance de prix de revente, subrogée au bien vendu, alors que le prêteur fait valoir, sur cette même créance, sa

³¹⁰ M. GRIMALALDI, « Réflexions sur les sûretés propriétés (à propos de la réserve de propriété) », *loc. cit.*, p. 181.

³¹¹ *Idem*, p. 181. L'auteur précise qu'il faut supposer ici que le propriétaire n'est pas le débiteur ; *Réserve de propriété et privilège du vendeur. Commentaire et clauses types*, document F.E.B. déjà cité, p. 15.

³¹² M. GRIMALALDI, « Réflexions sur les sûretés propriétés (à propos de la réserve de propriété) », *ibid.*, p. 181 ; *Réserve de propriété et privilège du vendeur. Commentaire et clauses types*, document F.E.B. déjà cité, p. 14.

³¹³ M. GRIMALALDI, « Réflexions sur les sûretés propriétés (à propos de la réserve de propriété) », *ibid.*, p. 181, qui relève que la propriété réservée n'est pas plus sûre que le gage pour autant si on tient compte du fait que le créancier gagiste dispose d'un droit de rétention (si le gage est avec dépossession) et surtout d'une faculté de demander l'attribution judiciaire (même si le gage est sans dépossession) qui lui assure une priorité absolue, sous les limites résultant de la faillite ou de la liquidation des biens. Sous cette réserve, poursuit-il, l'avantage de la réserve de propriété est finalement d'éviter le recours au juge : de simplifier la réalisation de la sûreté.

³¹⁴ *Idem*, pp. 181-182.

³¹⁵ *Ibid.*, p. 182.

propriété fiduciaire. La Cour de cassation française donne le pas au premier³¹⁶, c'est-à-dire au vendeur originaire. A juste titre, pensons-nous aussi, car l'article 2279 du Code civil étant inapplicable à l'espèce – il s'agit d'une créance, et non d'un meuble corporel –, le conflit doit être tranché à l'avantage de celui qui, le premier, a acquis un droit sur le bien convoité³¹⁷.

Il participe de ce qui précède que la propriété réservée peut être prise dans la tourmente du droit des sûretés en cas de faillite ou liquidation des biens, dans la mesure où le créancier réservataire peut se trouver dans bien de cas en conflit avec d'autres ayants-cause du débiteur. Elle confère néanmoins, en tout état de cause, une situation confortable à son bénéficiaire par rapport à la créance chirographaire.

Peut-on aller jusqu'à considérer la propriété réservée, au regard des solutions apportées à ces conflits, comme une sûreté extraordinaire dans ces procédures? Les considérations suivantes tentent de répondre à cette question.

c) La propriété réservée : une sûreté *sui generis* ?

Dans le champ d'application ainsi circonscrit – faillite et liquidation des biens –, la clause de réserve de propriété sort tous les effets d'une sûreté réelle³¹⁸. On en déduit, en plus de ce qui a déjà été exposé ci-dessus, que la propriété réservée devient l'accessoire de la créance de prix et, en cas de revente par l'acheteur, le prix de revente se substitue à la chose en application du principe de subrogation réelle³¹⁹. Il en est de même si la chose vendue a péri à la suite d'un sinistre puisqu'en ce cas le droit du propriétaire se reporte sur l'indemnité d'assurance³²⁰.

³¹⁶ Cass. com., 20 juin 1989, *Bull. IV*, n° 197 ; *D.*, 1989, 432, note F. PEROCHON.

³¹⁷ Dans ce sens, M. GRIMALALDI, « Réflexions sur les sûretés propriétés (à propos de la réserve de propriété) », *loc. cit.*, p. 181.

³¹⁸ Dans ce sens, Fr. T'KINT, « Actualité des garanties du vendeur impayé en cas de faillite de l'acheteur », *loc. cit.*, p. 659. Voir également M. CABRILLAC, « Les sûretés réelles entre vins nouveaux et vieilles outres », *loc. cit.*, p. 717 et références citées, qui écrit, à cet égard, ce qui suit : « n'ayant pas d'autre objectif que de ménager au vendeur un paiement prioritaire en nature ou en espèces, la réserve de propriété mérite, croyons-nous, la qualification de sûreté que lui refuse une partie de la doctrine ». Il poursuit en indiquant que « (...) les pères de la réforme du 10 juin 1994 ont concédé au bénéficiaire de la clause une faveur insigne qui fortifie la thèse de la sûreté : il peut exercer sa revendication sur les biens fongibles détenus par l'acheteur sans avoir à démontrer que ce sont ceux-là même que grevait la clause » (article 121, al. 3, L. 25 janvier 1985). Pour la thèse contraire, voir P. CROCQ, *op. cit.*, n° 282, p. 234, spéc., numéros 293 et s., pp. 243 et s.

³¹⁹ V. Fr. T'KINT, « Actualité des garanties du vendeur impayé en cas de faillite de l'acheteur », *ibid.*, p. 659 et références citées; voir aussi, M. GRIMALALDI, « Réflexions sur les sûretés propriétés (à propos de la réserve de propriété) », *ibid.*, p. 180.

³²⁰ Fr. T'KINT, « Actualité des garanties du vendeur impayé en cas de faillite de l'acheteur », *ibid.*, p. 659.

Force est de constater toutefois que la jurisprudence n'a pas encore reconnu expressément à la réserve de propriété la qualification de sûreté. Elle a néanmoins dégagé des solutions qui la sous-entendent en droit français, notamment en attribuant au vendeur le droit d'appréhender, comme on l'a dit, l'indemnité d'assurance due à la suite du sinistre qui a affecté la chose vendue³²¹ et, plus nettement, en admettant que la propriété réservée soit transmise de plein droit au cessionnaire de la créance du prix³²².

Si l'on peut justement la considérer, en tenant compte de ses limites, comme une sûreté rudimentaire, une sûreté fruste d'un point de vue théorique, il reste néanmoins, et c'est ce qui fait sa force, qu'elle présente, en pratique, les avantages d'une sûreté³²³, sans en avoir les inconvénients³²⁴. Vu sous cet angle, la réserve de propriété constitue, en l'état actuel du droit positif, une sûreté *sui generis* ou du moins une garantie hors normes, qui développe, dans les procédures collectives sous examen, l'efficacité dont sont dépourvues les sûretés classiques, sans en avoir les inconvénients³²⁵.

Comme on l'a si bien dit à son égard, tel est « (...) la face lumineuse de l'astre qui brille aujourd'hui au firmament des sûretés »³²⁶. Il ne faut cependant pas en méconnaître la face obscure³²⁷.

³²¹ Cass. com., 1^{er} octobre 1985, *D.*, 1986, inf. rap. 169, obs. F. DERRIDA ; *ibid.*, 246, note M. CABRILLAC.

³²² Cass. com., 15 mars 1988, *D.*, 1988, 330, note Fr. PEROCHON ; *Gaz. Pal.*, 1988, I, 244, note SOINE.

³²³ C'est dire que le réservataire jouit, dans les procédures collectives susmentionnées ouvertes à l'égard de l'acheteur, « des avantages que l'on attend, idéalement, d'une sûreté réelle, c'est-à-dire qu'il peut la mettre en œuvre afin d'obtenir un paiement aussi rapide et complet que possible, ... aussi complet, donc, que le permet la valeur du bien affecté à la garantie de sa créance (limite inhérente à toute sûreté réelle) » (Fr. PEROCHON, « Le vendeur de meubles, propriétaire », *La situation des créanciers d'une entreprise en difficulté*, Paris, Montchrestien, 1998, p. 86).

³²⁴ C'est dire qu'au regard de l'état actuel du droit positif, « l'efficacité de la propriété réservée est encore renforcée par le fait qu'elle est dépourvue de la plupart des inconvénients qu'emporte habituellement la qualification de sûreté » (Fr. PEROCHON, « Le vendeur de meubles, propriétaire », *ibid.*, pp. 89 et s.). On peut, en effet, constater que, contrairement aux autres sûretés, elle échappe à tout classement ; qu'elle pourrait échapper aux inopposabilités de la période suspecte si la clause est ajoutée, au cours de la période suspecte, à une vente déjà conclue, et, a priori, translatrice (Fr. PEROCHON, « Le vendeur de meubles, propriétaire », *ibid.*, pp. 89-91). On peut même constater que certaines décisions de la Chambre commerciale française vont jusqu'à admettre que le vendeur n'est pas tenu pour revendiquer d'avoir déclaré sa créance, alors qu'on sait que la revendication aboutit à un paiement qui suppose que la créance ait été déclarée (Fr. PEROCHON, « Le vendeur de meubles, propriétaire », *ibid.*, p. 91).

³²⁵ Fr. PEROCHON, « Le vendeur de meubles, propriétaire », *ibid.*, p. 92, qui ajoute que ce traitement original n'est pas, pour l'essentiel, imputable à la jurisprudence, car il est d'abord et surtout le fait du législateur qui a totalement dissocié le régime de la réserve de propriété de celui des autres sûretés, au bénéfice du vendeur-propriétaire.

³²⁶ M. CABRILLAC, « Les sûretés réelles entre vins nouveaux et vieilles outres », *loc. cit.*, p. 718.

³²⁷ Comme le dit Fr. PEROCHON, « La revendication favorisée (loi n° 94-475 du 10 juin 1994) », *D.*, 1994, p. 254, « la réserve de propriété n'en reste pas moins une garantie aléatoire, inefficace lorsque le vendeur n'a pas la chance de pouvoir appréhender, au jour du jugement d'ouverture, les biens qui lui appartiennent ou la créance en provenant, ou, désormais des biens semblables. Mais à cela la loi ne pouvait rien changer ».

2°. La cession fiduciaire de la propriété de créances ou la cession de créance à titre de garantie

a) Notions et position du problème

Il arrive fréquemment dans la pratique des affaires, et de manière particulière dans les relations de crédit bancaire, que les parties à un contrat de prêt ou d'ouverture de crédit conviennent que le débiteur – l'emprunteur ou le crédité – cède au créancier – le banquier – telle ou telle créance sur un de ses propres débiteurs en garantie du remboursement des sommes reçues³²⁸.

Certaines précisions s'imposent, en effet, avant d'entrer dans le vif du sujet³²⁹ : d'abord, la créance n'est pas mise en gage au profit du banquier dans la mesure où elle lui est purement et simplement cédée en propriété³³⁰ ; ensuite, le transfert est assorti de clauses contractuelles précises afin d'éviter tout enrichissement injustifié du banquier, de faire défense au cessionnaire d'aliéner la créance cédée et de soumettre la cession à la condition résolutoire du paiement de la dette qu'elle doit garantir ; enfin, le banquier s'engage à imputer ce qu'il percevrait du débiteur cédé sur ce que lui doit le cédant et même à rembourser l'excédent éventuel.

³²⁸ Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 158 ; voir également, M. GREGOIRE, « Développements récents en matière de sûretés réelles », *loc. cit.*, p. 23 ; M. GRIMALDI, « Réflexions sur les sûretés propriétés (à propos de la réserve de propriété) », *loc. cit.*, p. 169 ; I. MOREAU-MARGREVE, « Evolution du droit et de la pratique en matière de sûretés », *loc. cit.*, p. 183. La cession de créance à titre de garantie a été particulièrement défendue en droit français par Cl. WITZ, *op. cit.*, pp. 207 et s. Prenant partie en faveur de ce mécanisme controversé en France, l'auteur relève notamment que « de nombreuses décisions jurisprudentielles ont admis que des créances pouvaient être cédées aux seules fins de garantie, en dehors de tout contrat de vente. Et l'on sait que le législateur lui-même n'a pas hésité, dans le cadre d'institutions particulières, à utiliser comme sûreté la technique de la cession de créance » (p. 238). Il ne manque pas de préciser aussi que « dans la pratique contractuelle, la technique de la cession de créance à titre de garantie a sans conteste un domaine d'application plus étendu que celui dévoilé par les décisions jurisprudentielles (...) » (p. 187).

³²⁹ Fr. T'KINT, *ibid.*, pp. 158-159.

³³⁰ Il convient de noter qu'en France, le régime du gage tend à proscrire les fiducies montées par la pratique ; d'ailleurs la jurisprudence les analyse ici comme des gages auxquels elle refuse la validité ou l'opposabilité aux tiers en se fondant sur l'exigence du dessaisissement ou sur la prohibition de la clause de voie parée ou du pacte comissoire (M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, 7^e éd., p. 452 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, *op. cit.*, p. 296).

Des législations spécifiques organisent en droit belge ainsi qu'en droit français³³¹ ce mécanisme non harmonisé par le droit uniforme, et donc laissé à l'emprise du droit positif de chaque Etat membre de l'OHADA.

On peut citer, pour ce qui est de la Belgique, la loi du 3 janvier 1958 relative aux cessions et mises en gage des créances sur l'Etat du chef de travaux et de fournitures, remplacée par l'article 23 de la loi du 24 décembre 1994 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services (*M.B.* 22 janvier 1994) ; la loi du 12 avril 1965 sur la protection de la rémunération des travailleurs (articles 27 à 35) ; la loi du 2 janvier 1991 relative au marché des titres de la dette publique et aux instruments de politique monétaire (articles 23 à 25) ; la loi du 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières³³² (article 12).

Il sied de noter, en effet, que la large consécration du transfert de propriété à titre de garantie portée par cette dernière loi est néanmoins tempérée par le paragraphe 4 de son article 12 qui dispose que « *Le présent article ne s'applique pas aux conventions conclues entre ou avec des personnes physiques.* »

Il n'est dès lors pas erroné de soutenir, au regard de ces législations spécifiques, qu'il n'existe pas encore en droit belge un régime juridique spécifique au transfert de propriété à titre de garantie³³³, que leur caractère spécial et limité ne permet pas d'en déduire la consécration du principe de validité de la cession de créance à titre de garantie³³⁴ et que leur existence permet néanmoins d'exclure qu'une telle cession soit contraire à l'ordre public³³⁵.

Se pose ainsi, en droit belge, la question sinon de la validité, du moins de l'opposabilité en cas de concours de ce procédé de garantie lorsqu'il est l'œuvre des personnes physiques. Il s'agit de savoir, en d'autres termes, si la cession fiduciaire de la propriété fait en ce cas exception au principe de l'opposabilité des conventions.

³³¹ V. M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, 7^e éd., pp. 453-454, qui notent, avant de citer certains textes consacrant le transfert de créances à titre de garantie, que la place de la fiducie-sûreté est plus modeste mais bien réelle en dépit de l'ostracisme du droit français à son égard. Ils précisent d'ailleurs que, dans le domaine des opérations de crédit bancaires, la technique de la fiducie est utilisée et sa légitimité comme son efficacité sont reconnues.

³³² Voir le chapitre VI relatif au transfert de propriété à titre de garantie, qui consacre largement l'opposabilité de ce mécanisme aux tiers, nonobstant une procédure d'insolvabilité.

³³³ I. MOREAU-MARGREVE, « Evolution du droit et de la pratique en matière de sûretés », *loc. cit.*, p. 177.

³³⁴ M. GREGOIRE, « Développements récents en matière de sûretés réelles », *loc. cit.*, p. 24.

³³⁵ *Idem*, p. 24.

b) Etat de la doctrine et de la jurisprudence

La question de l'opposabilité aux tiers de ce mécanisme de garantie divise la doctrine. Certains³³⁶, partant du fait que la cession « sort » la créance cédée du patrimoine du débiteur et la soustrait à l'emprise de ses autres créanciers, présentant ainsi, pour son bénéficiaire, un incontestable avantage sur le nantissement en cas de concours, car, en règle, le créancier cessionnaire est vainqueur du conflit qui l'oppose à un créancier titulaire d'une sûreté sur la créance cédée, y voient une création, par voie détournée, d'une sûreté réelle « renforcée », au mépris du principe « Pas de sûreté sans texte », et considèrent, de surcroît, que la volonté des parties est de réaliser indirectement un gage³³⁷ en éludant, par le recours à un artifice, l'interdiction de la clause commissaire, dans la mesure où la créance cédée est bel et bien attribuée au créancier, à défaut de paiement de sa dette par le cédant³³⁸. Il y a, en outre, précisent-ils, fraude à la loi, laquelle fraude est sanctionnée par la nullité de la cession, car l'opération de cession remplit toutes les fonctions du gage mais s'affranchit des règles auxquelles le législateur a soumis cette forme de sûreté³³⁹.

Ces critiques ne paraissent pas, aux yeux de l'autre partie de la doctrine³⁴⁰, convaincantes. Celle-ci ne manque pas, en effet, de rappeler que la fraude à la loi n'est reçue, on l'a vu, qu'avec réserve en droit interne belge, de même qu'en droit interne français, son domaine de prédilection étant celui du droit international privé et spécialement la matière des conflits de lois, et reste contestée d'ailleurs dans son principe même par une partie de la doctrine³⁴¹. Elle fait également observer de manière déterminante que « dès lors qu'elles acceptent les conséquences de l'option choisie, il est difficile d'en refuser le bénéfice aux parties. Et l'opération – à tout le moins telle qu'on l'a exactement définie – ne saurait conduire, comme le soutiennent ses détracteurs, à la méconnaissance de l'interprétation du pacte commissaire. La clause du contrat qui permet au créancier gagiste de conserver – et de recouvrer – la

³³⁶ V. I. MOREAU-MARGREVE, « Evolution du droit et de la pratique en matière de sûretés », *loc. cit.*, pp. 183 et s., spéc. pp. 190-191 ; P.-H. DELVAUX, « La mobilisation des créances à titre de garantie », *La transmission des obligations*, Travaux IX^{es} journées d'études juridiques Jean DABIN, pp. 517 et s. ; P.-A. FORIES, « Les opérations fiduciaires en droit belge », *Les opérations fiduciaires*, Ed. FEDUCI, 1985, p. 275.

³³⁷ La cession de créance à titre de garantie ne peut ainsi, estiment-ils, être acceptée, quoique formellement régulière. La jurisprudence française va d'ailleurs dans ce sens (voir pour de plus amples informations, M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, 7^e éd., p. 452).

³³⁸ Voir Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 159.

³³⁹ *Idem*, p. 159.

³⁴⁰ Voir essentiellement, M. GREGOIRE, « Développements récents en matière de sûretés réelles », *loc. cit.*, pp. 28-36 ; Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 160.

³⁴¹ Nous pensons ici à P. Van OMMESLAGHE, « Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi », *loc. cit.*, 1976, p. 350.

créance engagée à l'échéance de la dette garantie est licite. Or, la cession de créance à titre de garantie, dans la mesure où ses effets sont contractuellement circonscrits de telle sorte qu'il est certain que le créancier ne saurait recevoir plus que ce qui lui est dû, ne s'écarte pas de ce type de clause »³⁴².

La jurisprudence est, à son tour, divisée sur la question³⁴³, et l'arrêt de la Cour de cassation du 17 octobre 1996, ci-dessus appelé « arrêt SART TILMAN », en décidant, on l'a vu, que « l'arrêt ne qualifie pas la convention litigieuse de cession de créance » n'a pas vidé la question de la validité de la cession de créance à titre de garantie, alors qu'elle était très explicitement posée par le pourvoi.

c) En conclusion

Nous pensons que la protection des autres créanciers, et plus spécialement des créanciers chirographaires, en cas de concours né de la faillite ou liquidation des biens, commande que le principe de l'autonomie de la volonté – c'est-à-dire de la liberté contractuelle – ne conduise à valider la cession de certains biens pour des besoins de sûreté (comme c'est le cas en cas de cession de créance à titre de garantie) qu'à condition qu'il ne soit porté atteinte, directement ou indirectement, à aucune règle impérative ou d'ordre public et que les restrictions qui affectent l'opération de cession ne soient incompatibles avec la nature même du droit de propriété³⁴⁴. Le sort des créanciers chirographaires dépendra donc de l'appréciation de cette double condition par le juge à l'occasion d'un litige en rapport avec le mécanisme de garantie sous examen.

B. La connexité comme source de garantie en matière de compensation, d'exception d'inexécution ou de droit de rétention

Nous voulons ici, après avoir présenté précédemment la compensation, l'exception d'inexécution et le droit de rétention et montré la place de la connexité dans ces mécanismes,

³⁴² Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 160.

³⁴³ Les cours d'appel de Bruxelles (13 avril 1989, *J.T.*, 1990, p. 327) et d'Anvers (4 novembre 1992, *R.W.*, 1994-1995, p. 746) ont admis la validité de la cession à titre de garantie, tandis que la cour d'appel de Gand (1^{er} mars 1989, *R.W.*, 1989-1990, p. 1064) a vu dans pareille convention un gage déguisé. Pour rappel, la jurisprudence française analyse l'opération comme un gage auquel elle refuse la validité ou l'opposabilité aux tiers en se fondant sur l'exigence du dessaisissement ou sur la prohibition de la clause de la voie parée ou du pacte commissaire (M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, 7^e éd., p. 452).

³⁴⁴ Dans ce sens, Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 163.

mettre en exergue le fait que la connexité – qui, rappelons-le, permet l’opposabilité aux tiers de ces mécanismes qui, en principe, sont dépourvus de cette qualité – résulte de ce que la créance du failli, en considération de laquelle le cocontractant a consenti les risques s’attachant à la convention unique ou à l’opération globale, conçue comme un tout, à laquelle plusieurs contrats s’intègrent – et qui dès lors, constitue la cause de son engagement – ne figure parmi les actifs de la faillite qu’en raison de l’existence nécessaire de dettes corrélatives³⁴⁵.

C’est ainsi qu’il est soutenu par M. Van OMMESLAGHE, s’agissant de la compensation, que « les droits de créance d’une personne partie à une opération de compensation (...) n’entrent dans le patrimoine du débiteur et ne sont soumis au droit de gage de ses créanciers, que sous déduction (...) de la créance de l’autre partie à l’opération de compensation, pour leur valeur nette »³⁴⁶.

Il s’agit là, en effet, d’une analyse qui accrédite la thèse selon laquelle l’élément réalisable au profit des autres créanciers du failli ne serait pas la créance, mais le bénéfice net que présente pour le failli la convention dont cette créance est issue³⁴⁷. La connexité conduit alors à retirer des biens partageables la portion d’actif correspondant à la dette compensable à telle enseigne que, dans cette mesure, la créance compensée se trouve libre de la mainmise des autres créanciers³⁴⁸.

Vient appuyer cette analyse, pour rappel, le passage des conclusions prises par le Procureur général LECLERCQ avant l’arrêt de la Cour de cassation du 7 novembre 1935³⁴⁹, selon lequel l’exception d’inexécution repose sur la circonstance que « chaque engagement que l’une des parties obtient de l’autre est grevé de l’engagement que cette partie a contracté et qui est corrélatif à l’autre ».

³⁴⁵ M. GREGOIRE, « Développements récents en matière de sûretés réelles », *loc. cit.*, p. 57.

³⁴⁶ P. Van OMMESLAGHE, « Les sûretés nouvelles issues de la pratique – Développements récents », *loc. cit.*, p. 404.

³⁴⁷ M. GREGOIRE, « Développements récents en matière de sûretés réelles », *ibid.*, p. 57.

³⁴⁸ *Idem*, p. 58.

³⁴⁹ *Pas.*, 1936, I, p. 38.

C'est dans ce sens qu'on affirme aussi, s'agissant du droit de rétention – qui est, on s'en doute en droit belge³⁵⁰, une situation que la loi consacre et protège, mais que les parties ne sauraient aménager artificiellement – que toute convention qui tenterait de l'étendre au-delà des limites que lui assigne une connexité naturelle serait sans effet³⁵¹.

Il en résulte que la connexité constitue « une institution transcendant la distinction classique entre les droits de nature personnelle et les droits de nature réelle, puisqu'elle conduit à reconnaître l'opposabilité aux tiers (les créanciers du failli) d'un droit, en principe, de nature personnelle »³⁵². Son admission n'améliore naturellement pas la situation des créanciers du débiteur failli, et de manière particulière celle des créanciers chirographaires, dans la mesure évidente où le créancier qui en bénéficie échappe au concours étant donné qu'une portion de l'actif lui est exclusivement réservée.

Nous pensons dès lors, compte tenu des effets de cette notion sur les créanciers en cas de concours, qu'il est légitime de laisser l'appréciation souveraine en fait de la connexité au juge du fond, qui est seul compétent pour juger de son existence, et partant, de son éventuelle disparition³⁵³.

§6. En guise de conclusion

La place qu'occupent les garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours dans la vie économique n'est plus à démontrer à ce stade. Elle est, en effet, à la hauteur de l'évolution actuelle du droit commercial, qui passe souvent pour le reflet de l'évolution de la vie économique et sociale, ce qui explique d'ailleurs que certaines clauses et conventions de garantie ont particulièrement été plus développées en droit belge, et même français, qu'en droit uniforme OHADA.

Fruits de l'imagination créatrice des créanciers, elles leur permettent de se protéger contre les conséquences de la défaillance de leur débiteur, très courante dans la vie des affaires actuellement, contrairement à l'époque ancienne où, en plus de sa rareté, elle était limitée par

³⁵⁰ Pour rappel, le droit de rétention figure, en droit uniforme, parmi les sûretés réelles mobilières avec dépossession (article 41 de l'Acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés).

³⁵¹ Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 100.

³⁵² M. GREGOIRE, « Développements récents en matière de sûretés réelles », *loc. cit.*, p. 57 ; M. GREGOIRE, *op. cit.*, p.166.

³⁵³ Dans ce sens, Cass., 2 septembre 1982, *Pas.*, 1983, I, 3 ; *J.T.*, 1982, p. 739 ; *R.W.*, 1983-1984 ; col. 523.

la protection que procurait à certains créanciers le régime des sûretés réelles et des privilèges, qui correspondait encore aux nécessités de l'époque.

Ces garanties, assises pour l'essentiel sur les principes de l'opposabilité des conventions aux tiers et de la liberté contractuelle ainsi que sur la notion de connexité, qui en fournit une source de garantie, ont été et demeurent critiquées principalement au nom du principe de l'égalité des créanciers et du principe « pas de privilège sans texte » et des théories de la fraude, simulation et apparence.

On a vu notamment que la réserve de propriété était contestée en jurisprudence et en doctrine au nom de la théorie de l'apparence, qui faisait école à l'époque. Elle est aujourd'hui dépassée en droits de la faillite et de la liquidation des biens où la réserve de propriété est expressément consacrée par le législateur. Est donc imprudent, voire négligent, toute personne qui se fie aujourd'hui aux apparences, c'est-à-dire à la détention ou à la possession de biens mobiliers³⁵⁴.

Nous avons également retenu de l'arrêt SOCOL, en rapport avec la connexité, que la masse ne peut tirer de contrats conclus avant le jugement déclaratif plus de droit que n'en avait le failli lui-même. Le législateur précise d'ailleurs lui-même les marges dans lesquelles peut s'exprimer l'autonomie de la volonté.

On a vu, en outre, qu'en adoptant les articles 46 et 101 de la loi belge sur les faillites et 103, alinéa 2, 107 et 108 de l'Acte uniforme OHADA, le législateur a consacré les clauses et conventions de garantie permettant d'échapper au concours. Par voie de conséquence, la Cour de cassation belge considère depuis lors que le principe de l'égalité des créanciers, s'il est impératif, ne relève pas de l'ordre public.

L'opposabilité de la cession de créance à titre de garantie, lorsqu'elle est l'œuvre des personnes physiques, continue cependant à diviser la doctrine et demeure donc en retrait par rapport à cette évolution. L'arrêt SART TILMAN qui devait apporter une réponse claire et nette à ce problème a, on l'a vu, esquivé la question de sorte qu'il est unanimement admis en

³⁵⁴ A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *loc. cit.*, pp. 889.

doctrine qu'aucun enseignement ne peut en être déduit. Depuis, les positions vont dans tous les sens en dépit de certaines lois particulières admettant, de manière limitée, l'utilisation de la propriété à titre de garantie.

On peut néanmoins espérer que les déclarations des hauts magistrats de la Cour de cassation belge au Sénat ainsi que les éclaircissements fournis à cette occasion sur le cheminement de la philosophie de la Cour dans le droit de l'insolvabilité, qui clarifient tant soit peu la portée des arrêts de cette dernière en cette matière, permettront à la jurisprudence ultérieure de se prononcer sans ambages sur la question.

De manière globale, on peut observer que :

- la logique de la protection des créanciers contre l'insolvabilité connaît des modifications profondes. Un auteur avisé le relève en ces termes dans une pénétrante étude : « l'assouplissement des règles en matière de mise en gage des créances, l'opposabilité de la réserve de propriété, la reconnaissance du recours à la propriété à titre de garantie notamment par le leasing, le renforcement des droits du bénéficiaire de sûretés réelles dans le cadre de la loi du 15 décembre 2004, la faveur de la compensation, les actions directes, tous ces éléments contribuent à protéger les créanciers par le biais de mécanismes nouveaux »³⁵⁵.
- L'évolution ainsi constatée n'est pas bonne en tout cas pour les créanciers soumis au concours en général et pour les créanciers chirographaires en particulier, car elle aboutit purement et simplement à la réduction de l'actif partageable lorsque ces clauses et conventions de garantie sont opposables aux tiers. Leur opposabilité est, ce me semble, d'ailleurs inévitable dans bien de cas au point qu'il n'est plus besoin de souligner à ce niveau combien l'efficacité de ces clauses et conventions et la faveur qu'elles recueillent auprès du législateur et une bonne partie de la jurisprudence et de la doctrine aggravent le sort des créanciers chirographaires en cas de concours né de la faillite ou liquidation des biens et rendent ainsi difficile, si non impossible, l'amélioration de leur situation³⁵⁶.

³⁵⁵ I. VEROUGSTRAETE, « Actualités en droit des faillites et du concordat », *loc. cit.*, p. 312.

³⁵⁶ M. VEROUGSTRAETE semble aller dans ce sens lorsqu'il écrit que « cette naissance de mécanismes protecteurs et son acceptation par la loi ou la jurisprudence sont sans doute la conséquence du fait que les créanciers ordinaires ne peuvent en pratique rien espérer d'une insolvabilité et qu'il a fallu, en équité ou pour des motifs de nature économique, leur assurer une protection. Ceci a toutefois eu comme effet que la notion de masse à répartir entre les créanciers s'apparente de plus en plus à un souvenir pieux et que le mythe de l'égalité

Pas grand chose à faire donc à ce niveau en faveur des créanciers ordinaires si ce n'est compter sur le juge, qui sera appelé, en cas de litige, à confronter ces clauses et conventions avec les règles et principes fondamentaux protégeant les intérêts des créanciers dans ces procédures collectives.

Cela ne nous empêche cependant pas de penser à leur assainissement en examinant les possibilités de leur alignement sur le régime des sûretés et en évaluant ce que cela produirait comme résultat vis-à-vis des créanciers chirographaires. En clair, il s'agit de se fonder pour cela, en vue de voir comment on peut harmoniser le sort des sûretés classiques et celui de la propriété – sûreté, sur le fait que certaines clauses et conventions de garantie permettant d'échapper au concours, basées principalement sur la propriété, apparaissent, on l'a vu, comme des véritables sûretés, alors qu'elles sont hors du champ des sûretés dans ces procédures collectives.

Section II. Assainissement des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours né de la faillite ou liquidation des biens

§1. Position du problème

Nous venons de voir, dans la partie précédente, que le paiement prioritaire que certains créanciers ne pouvaient obtenir par le jeu d'une sûreté classique a été cherché dans des chemins de traverse : l'exploitation de droits ou de mécanismes conçus à d'autres fins mais susceptibles de produire un effet de garantie³⁵⁷.

Ce phénomène, qui s'est largement épanoui dans la seconde moitié du vingtième siècle, a rendu, a-t-on remarqué, fort incertaines les frontières des sûretés réelles, car il n'est plus aisé de savoir qu'est-ce qui est sûreté et qu'est-ce qui ne peut mériter cette qualification et n'appartient qu'à la nébuleuse plus vaste et plus floue des garanties réelles³⁵⁸.

entre créanciers a vécu. C'est la rançon d'avoir laissé proliférer privilèges et actions directes » (I. VEROUGSTRAETE, « Actualités en droit des faillites et du concordat », *loc. cit.*, p. 312).

³⁵⁷ V. M. CABRILLAC, « Les sûretés réelles entre vins nouveaux et vieilles outres », *loc. cit.*, p. 715.

³⁵⁸ *Idem*, p. 715.

A ce sujet, deux points de vue s'opposent³⁵⁹ : selon la thèse que l'on peut considérer comme restrictive, classique ou conceptuelle, les sûretés sont des procédés spécifiques de garantie du paiement des dettes ; elles constituent une catégorie finie, répondant à des critères techniques précis. Cette thèse veut qu'on admette qu'il existe, d'une part, des sûretés *stricto sensu* et, d'autre part, des mécanismes remplissant la même fonction, sans répondre aux critères du concept de sûreté, que certains appellent « garanties ». La conception large, pragmatique ou fonctionnelle veut, en revanche, qu'on admette comme sûreté, tout ce qui peut procurer à un créancier un avantage sur les autres.

Nous pensons qu'il est préférable, en cette matière, intimement liée à celle du crédit, où le droit et l'économie se trouvent étroitement associés, de donner à la notion de sûreté une définition extensive, fonctionnelle, conforme à la réalité³⁶⁰ et qualifier ainsi de sûreté les techniques qui, reposant sur la propriété, ont la même finalité que les sûretés traditionnelles³⁶¹.

On doit rappeler, d'une part, que la distinction entre les sûretés trouvées dans le patrimoine du débiteur et celles procurées par le patrimoine d'un tiers demeure fondamentale puisque c'est pour les premières seulement que se pose l'épineux problème de leur rencontre avec le principe d'égalité et le droit commun de la liquidation collective, et, d'autre part, que les garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours peuvent, en dépit de leur multitude et diversité, être classées dans les deux grandes catégories traditionnelles qui distinguent les sûretés réelles³⁶² et les sûretés personnelles³⁶³³⁶⁴.

³⁵⁹ V. Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, pp. 26-27 et références citées ; dans ce sens également, M. CABRILLAC, « Les sûretés réelles entre vins nouveaux et vieilles outres », *loc. cit.*, p. 715.

³⁶⁰ Dans ce sens, Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *ibid.*, pp. 26-27.

³⁶¹ C. MOULY, « Procédures collectives : assainir le régime des sûretés », *loc. cit.*, p. 561. Voir également, A. M. STRANART, *op. cit.*, pp. 4-5.

³⁶² On peut ranger dans cette catégorie, différentes clauses et conventions qui s'articulent autour d'une utilisation particulière du droit de propriété à des fins de garantie (l'escompte, le report, le leasing, le factoring, la clause de réserve de propriété, le versement d'une somme d'argent à titre de garantie et la cession de créance à titre de garantie) (A. M. STRANART, *ibid.*, pp. 118 et s. ; L. SIMON, « Essai de classification des sûretés issues de la pratique et problèmes juridiques qu'elles posent », *Les sûretés*, Paris, FEDUCI, 1984, pp. 280 et s.).

³⁶³ On peut faire rentrer dans cette autre catégorie, le crédit documentaire irrévocable et la garantie indépendante ou à première demande ou abstraite, qui sont étroitement apparentés ; la carte de crédit et de banque ; les lettres de patronage (A. M. STRANART, *ibid.*, pp. 144 et s. ; L. SIMON, « Essai de classification des sûretés issues de la pratique et problèmes juridiques qu'elles posent », *ibid.*, pp. 291 et s.).

³⁶⁴ Nous ne pouvons pas oublier de signaler d'autres clauses et conventions de garantie qui, mieux qu'aux sûretés réelles ou personnelles, se rattachent aux mécanismes du droit des obligations : la subordination de créance, les sûretés négatives et la compensation (L. SIMON, « Essai de classification des sûretés issues de la pratique et problèmes juridiques qu'elles posent », *ibid.*, pp. 300 et s.).

Faut-il aussi souligner que le problème posé par les garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours n'est pas qu'académique, car il existe ce qu'on peut appeler un régime primaire, voire un droit commun des sûretés réelles³⁶⁵ ; régime dont il convient de savoir s'il s'applique à telle ou telle garantie créée par voie détournée³⁶⁶, c'est-à-dire issue de la pratique.

Pour déceler ces sûretés jusqu'ici déguisées et afin de proposer leur soumission au régime des hypothèques et privilèges en cas de faillite ou liquidation des biens, nous utiliserons trois critères : le caractère accessoire de la propriété, la préférence qu'elle confère au paiement du titulaire et surtout l'affectation du bien à ce paiement signalée par l'octroi d'un simple droit sur la valeur³⁶⁷.

L'objet de la présente partie est donc de répondre aux questions suivantes en vue de proposer, a-t-on dit, une harmonisation du sort des sûretés traditionnelles et celui de la propriété – sûreté : quelle est la nature de la propriété – sûreté ? S'agit-il, lorsqu'elle est retenue ou cédée, de la même propriété que la propriété ordinaire ? Quelles clauses et conventions de garantie méritent-elles réellement la qualification de sûreté ? Quel régime leur appliquer par conséquent en cas de faillite ou liquidation des biens ? Quel est son impact sur la situation des créanciers en général, et, de manière particulière, sur celle des créanciers chirographaires ?

Nous allons, en vue de tenter de répondre à ces questions, proposer d'abord une qualification des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours (§2), ensuite un régime juridique applicable à celles qui peuvent être considérées comme des sûretés (§3) et apprécier enfin les conséquences de cette évolution sur les régimes des faillites et des sûretés (§4).

§2. Essai de qualification des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours

Les garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours susceptibles de rentrer dans la catégorie des sûretés réelles sont, comme on peut aisément le constater, toutes fondées sur une utilisation du droit de la propriété à des fins de garantie. Elles ne manquent dès lors

³⁶⁵ V. J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *Droit commun des sûretés réelles*, Paris, L.G.D.J., 1996.

³⁶⁶ M. CABRILLAC, « Les sûretés réelles entre vins nouveaux et vieilles outres », *loc. cit.*, p. 715.

³⁶⁷ C. MOULY, « Procédures collectives : assainir le régime des sûretés », *loc. cit.*, p. 561.

pas de soulever la question de la place que l'on peut réserver à la liberté contractuelle dans le droit des sûretés réelles. D'où la question de savoir si le droit de propriété ainsi utilisé peut être considéré comme une simple garantie ou comme une véritable sûreté.

On est là en présence d'une question qui divise la doctrine. Certains, estimant que la propriété utilisée à des fins de garantie ne peut être une sûreté, considèrent, en effet, qu'elle s'écarte de certains critères des sûretés réelles classiques (notamment l'exigence d'une possibilité de classement entre les différents créanciers munis de sûretés) ou se bute à certaines interdictions propres à ces sûretés (notamment le principe « Pas de sûreté sans texte »). D'autres, se fondant sur le meilleur rang de préférence qu'elle confère à son bénéficiaire, y ont vu la nouvelle reine des sûretés³⁶⁸.

Un point commun peut cependant être dégagé des arguments des uns et des autres : ils se réfèrent tous au critère d'une catégorie connue de sûretés pour refuser, ou justifier, de manière générale, la qualification de sûreté. Pareil raisonnement a été pertinemment critiqué par M. CROCQ qui relève, d'une part, que rien ne permet d'affirmer qu'il n'y ait que deux catégories de sûretés et, de l'autre, qu'on ne peut se référer à la caractéristique d'une seule espèce pour dénier l'appartenance à un genre tout entier ou pour affirmer cette appartenance alors que cette caractéristique n'existe pas³⁶⁹.

Pour notre part, notre objectif ici est de jeter sur l'utilisation de la propriété à des fins de garantie un regard que le droit positif n'y a pas encore porté. Pour cela, nous posons que certains usages de la propriété à des fins de garantie remplissent bel et bien les fonctions d'une sûreté et peuvent même être considérés comme des véritables sûretés.

Nous n'entendons pas ainsi faire offense au droit de propriété en le réduisant, dans certains cas, au rang d'un droit réel accessoire ; bien au contraire, nous voulons tirer profit de toutes

³⁶⁸ V. P. CROCQ, *op. cit.*, p. 209 ; dans ce sens, A. CERLES, « La propriété, nouvelle reine des sûretés ? », *loc. cit.*, pp. 39 et s. ; J. STOUFFLET, « L'usage de la propriété à des fins de garantie », *Les sûretés*, Colloque de Bruxelles des 20 et 21 octobre 1983, Paris, FEDUCI, 1984, p. 320 qui note que la « la propriété paraît être une sûreté parfaite selon tous les critères imaginables. Que demande-t-on à une sûreté ? D'abord un rang de préférence aussi favorable que possible. La propriété répond évidemment à cette première exigence. Le créancier devenu propriétaire prime tous les autres créanciers du cédant (...) ».

³⁶⁹ P. CROCQ, *ibid.*, p. 210.

ses virtualités : les attributs du droit de propriété sont alors et simplement répartis d'une manière différente qu'ils ne le sont ordinairement³⁷⁰.

Notre démarche consistera donc à distinguer les notions de sûreté et de garantie après les avoir définies (A) et à déterminer, à la lumière de cette distinction, les garanties conventionnelles fondées sur la propriété qui peuvent être considérées comme des simples garanties et celles qui méritent la qualification de sûreté (B).

A. Rappel de quelques notions utiles à la qualification

Il est fréquent de voir les notions de sûreté et de garantie utilisées de manière multiple sans être définies, et il apparaît clairement que les deux notions se recouvrent parfois, les sûretés étant définies comme des garanties et des mécanismes expressément appelés 'garanties', comme la garantie à première demande, pouvant être considérés comme des sûretés³⁷¹.

Cette parenté ne va cependant pas jusqu'à l'identité, car l'on admet que toutes les garanties ne sont pas des sûretés³⁷². On peut ainsi opposer les mécanismes qui constituent des véritables sûretés et ceux qui ne font que jouer le rôle d'une sûreté (les garanties).

1°. La notion de sûreté

Nous avons déjà indiqué que le législateur belge n'a pas défini cette notion, ce qui a amené la doctrine à proposer diverses définitions de la sûreté³⁷³. L'article 1^{er} de l'Acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés fournit néanmoins une définition classique des sûretés légales ou conventionnelles que nous avons exposée ci-dessus.

³⁷⁰ V. Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, p. 308.

³⁷¹ P. CROCQ, *op. cit.*, p. 213.

³⁷² Ph. MALAURIE et L. AYNES, *op. cit.*, n° 2, p. 11 ; voir également, P. CROCQ, *ibid.*, p. 214.

³⁷³ Nous avons mentionné précédemment les définitions proposées par : I. MOREAU-MARGREVE, « Evolution du droit et de la pratique en matière de sûretés », *loc. cit.*, p. 81 ; A. M. STRANART, *op. cit.*, p. 4 ; « Rapport de synthèse », *loc. cit.*, Colloque de Bruxelles des 20 et 21 octobre 1983, Paris, FEDUCI, 1984, pp. 566-567. On peut également penser à la définition proposée par Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, p. 10, qui, dans leur approche pragmatique et en vue de tenir compte des nouvelles formes de garantie, à l'instar de A. M. STRANART, donnent une définition générale englobant dans le concept de sûreté « tous les moyens d'accroître, directement ou indirectement, les chances de paiement du créancier, y compris ceux qui n'ont pas été conçus par le législateur comme des sûretés ». R. HOUIN, exposé introductif à « L'évolution du droit des sûretés », Colloque de Deauville, *Rev. jurispr. com.*, n° spécial, février 1982, pp. 7 et s., définit aussi « le mot 'sûreté' dans un sens très général de 'garantie' incluant tout moyen pour un créancier d'être payé avant un autre créancier du même débiteur ».

Nous réserverons dans cette étude la qualification de sûreté aux seuls mécanismes qui présentent les trois caractères essentiels d'une sûreté, à savoir : une finalité, un effet et une technique³⁷⁴.

Toute sûreté se caractérise d'abord par sa finalité particulière, qui est de permettre à son bénéficiaire d'échapper à la loi du concours entre les créanciers. Elle améliore ainsi, sans être pour autant une source de profit, la situation juridique du créancier par rapport à celle d'un créancier chirographaire bénéficiant, on l'a vu précédemment, seulement du droit de gage général sur les biens appartenant à son débiteur.

Ensuite, toute sûreté produit un effet particulier : sa mise en œuvre a toujours un effet satisfaisant pour le créancier, à savoir l'extinction totale ou partielle, directe ou indirecte de sa créance³⁷⁵.

Enfin, la sûreté est une technique particulière définie comme suit par Monsieur CROCQ³⁷⁶ : « la technique de constitution d'une sûreté est l'affectation à la satisfaction du créancier d'un bien, d'un ensemble de biens ou d'un patrimoine, par l'adjonction aux droits résultant normalement pour lui du contrat de base d'un droit d'agir accessoire de son droit de créance ». L'on peut retenir trois éléments capitaux de cette définition³⁷⁷ : la sûreté confère nécessairement un droit d'agir à son bénéficiaire, c'est-à-dire un droit de poursuivre une personne ou un droit de faire vendre ou de se faire attribuer une chose³⁷⁸ ; la sûreté suppose une affectation de biens figurant dans le patrimoine du débiteur principal ou d'un tiers³⁷⁹ ; la sûreté s'inscrit dans un rapport d'accessoire à principal avec la créance qu'elle garantit, qui fait que sa source est distincte de celle donnant naissance à la créance principale, qu'elle ne

³⁷⁴ Ces caractéristiques ont été dégagées par P. CROCQ, *op. cit.*, pp. 220 et s. Elles sont reprises par Ph. MALAURIE et L. AYNES, *op. cit.*, n° 2, p. 12. D. LEGAIS, *op. cit.*, pp. 12-13, ajoute à ces trois caractères incontestables, selon lui, un autre qui, reconnaît-il, est plus controversé et dont la prise en compte permet d'adopter une conception stricte de la sûreté et d'en proposer une liste réduite: les véritables sûretés sont des mécanismes qui ne peuvent être utilisés à d'autres fins. M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, pp. 422 et s., retiennent, quant à eux, en rapport avec les sûretés réelles et c'est ce qui justifie qu'un des critères relevés par eux soit le paiement préférentiel, trois caractères : une finalité (le paiement préférentiel), une technique (l'affectation) et une nature (le caractère accessoire).

³⁷⁵ V. P. CROCQ, *ibid.*, p. 223 ; D. LEGAIS, *op. cit.*, p. 12, qui relève, au passage, que l'exception d'inexécution ne peut être une sûreté au regard de ce critère.

³⁷⁶ P. CROCQ, *ibid.*, p. 225.

³⁷⁷ D. LEGAIS, *ibid.*, pp. 12-13.

³⁷⁸ Le droit de rétention n'est pas au regard de ce critère une véritable sûreté. Voir en France, en ce sens, Cass. Com., 20 mai 1997, *J.C.P.*, E, 1998, 221, obs. Ph. DELEBECQUE ; *R.T.D. civ.*, 1997, 707, obs. P. CROCQ.

³⁷⁹ Cette affectation peut avoir un caractère préférentiel ou exclusif comme en cas du droit de rétention ou de l'utilisation du droit de propriété à des fins de garantie.

peut partant être inhérente au rapport d'obligation et qu'elle doit toujours pouvoir être constituée ultérieurement à la naissance de la créance garantie.

En nous écartant des définitions strictes et larges de la notion de sûreté fournies par la doctrine, que nous avons déjà exposées et commentées ci-dessus, nous pouvons, au regard de ce qui précède, retenir la définition suivante proposée par M. CROCQ³⁸⁰ : « *une sûreté est l'affectation à la satisfaction du créancier d'un bien, d'un ensemble de biens ou d'un patrimoine, par l'adjonction aux droits résultant normalement pour lui du contrat de base, d'un droit d'agir, accessoire de son droit de créance, qui améliore sa situation juridique en remédiant aux insuffisances de son droit de gage général, sans être pour autant une source de profit, et dont la mise en œuvre satisfait le créancier en éteignant la créance en tout ou en partie, directement ou indirectement* ».

2°. La notion de garantie

La notion de garantie s'applique à plusieurs aspects et est souvent considérée comme synonyme de celle de sûreté. Elle n'est pas définie par le législateur à l'instar de cette dernière.

Etymologiquement, garantir est un terme d'origine germanique (*gewähr* : garantie) qui vient de *wahr* qui signifie vrai. Garantir c'est donc assurer que telle chose est vraie, que telle qualité existe³⁸¹. La garantie ainsi conçue procure une certaine quiétude à son bénéficiaire, une sécurité par l'affirmation de la conformité de l'état actuel du bien à l'apparence³⁸².

Elle ne se limite cependant pas seulement à ce sens de la garantie de la réalité, car l'on peut se garantir aussi contre la survenance future d'un événement³⁸³. C'est dans ce dernier cas qu'il est malaisé de distinguer la garantie de la sûreté.

³⁸⁰ P. CROCQ, *op. cit.*, p. 234.

³⁸¹ *Idem*, p. 235.

³⁸² *Ibid.*, p. 235. L'auteur reconnaît qu'on est proche ici de la sûreté, qui provient du terme latin *securitas*, mais précise que la garantie apporterait la quiétude par l'affirmation d'une réalité et concernerait, donc, le présent, alors que la sûreté apporterait la quiétude en augmentant les probabilités de la réalisation ultérieure d'un événement et concernerait, donc, le futur (p. 236).

³⁸³ *Ibid.*, p. 236. On est dans ce dernier cas dans le domaine de l'assurance qui garantit contre le vol ou l'incendie ; des fonds de garantie de toute sorte qui garantissent les victimes contre l'insolvabilité, la disparition, ou l'ignorance de l'identité de l'auteur de leurs dommages ; du salarié qui est garanti contre le chômage ou les difficultés financières de son entreprise ; et enfin du créancier qui se garantit contre l'insolvabilité d'un débiteur

Trois éléments méritent d'être retenus dans la recherche d'une définition de la notion de garantie axée principalement sur la garantie de paiement, car c'est elle qui nous intéresse ici³⁸⁴ :

- « toute garantie contient en elle-même une référence à une obligation principale qui doit être garantie. Il ne peut y avoir de garantie que s'il y a une autre obligation à garantir »³⁸⁵. Ceci ne signifie pas que toute garantie est, comme une sûreté, l'accessoire d'une obligation principale, car, fait-on remarquer à juste titre, si une garantie est nécessairement affectée à la satisfaction d'une obligation principale, elle n'est pas forcément, stricto sensu, un accessoire de celle-ci³⁸⁶.
- L'exécution normale de son obligation par le débiteur dispense le créancier d'utiliser la garantie, ce qui lui confère un caractère subsidiaire. Hormis le cas du cautionnement solidaire, le paiement est, en pratique, d'abord réclamé au débiteur et ensuite seulement à la caution, le caractère solidaire évitant que la caution puisse invoquer le bénéfice de discussion³⁸⁷. On peut ainsi, à partir de ce caractère de subsidiarité, distinguer la garantie d'un moyen de paiement. Ce caractère, même s'il caractérise la plupart des garanties, n'est toutefois pas, comme l'illustre la compensation³⁸⁸, parfait à cause de la difficulté d'opérer parfois la distinction.
- Une précision indirecte de la notion de garantie a été faite par la jurisprudence française à l'occasion de l'interprétation de l'article 2037 du Code civil qui prévoit la libération de la caution lorsque le créancier a laissé perdre par sa faute des « *droits, hypothèques ou privilèges* » dans la subrogation desquels la caution pouvait compter afin de garantir son recours contre le débiteur principal et en fonction desquels elle avait accepté de s'engager. On relève que l'application de ce texte par la jurisprudence ne s'est pas limitée aux seules

par le recours à certaines institutions ou par la prévision dans le contrat de certains mécanismes comme la solidarité.

³⁸⁴ Elles sont empruntées à P. CROCQ, *op. cit.*, pp. 237-238.

³⁸⁵ M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, n° 425, p. 351 cité par P. CROCQ, *ibid.*, p. 327.

³⁸⁶ P. CROCQ, *ibid.*, p. 327. L'auteur écrit qu'il en est ainsi lorsque la satisfaction de l'obligation principale n'est qu'un effet indirect ou n'est qu'un effet parmi d'autres de la garantie et éclaire sa position par le passage ci-après de M. CABRILLAC et C. MOULY, *ibid.*, n° 4, p. 4 : « la raison d'être de la sûreté est de ménager le paiement d'une créance ; il est de son essence de tendre exclusivement et délibérément à ce résultat. Au contraire, des règles ou des mécanismes peuvent produire ce résultat, parmi d'autres, sans qu'ils aient pour objet d'y tendre de façon délibérée ou exclusive ; ils produisent un effet de sûreté, mais cet effet n'est pas de leur essence ». Il en est ainsi, relèvent-ils, de la compensation qui est un mode naturel de paiement qui s'impose pour des raisons de commodité et ce n'est que par une conséquence seconde qu'elle est une protection contre l'insolvabilité.

³⁸⁷ P. CROCQ, *ibid.*, p. 327.

³⁸⁸ La compensation est unanimement reconnue comme une garantie (elle ne peut ainsi être invoquée si les parties exécutent régulièrement leurs obligations), mais elle peut être aussi, comme on vient de le voir, un procédé simplifié de paiement adopté par les parties (c'est en ce sens qu'elle est d'ailleurs essentiellement envisagée dans le Code civil).

sûretés mais, considérant le caractère général de l'énumération, s'est étendue à toutes les garanties que le créancier était susceptible de transmettre au débiteur et notamment au bénéfice de l'action résolutoire ou de la solidarité. La jurisprudence en a toutefois exclu les avantages attachés au droit de gage général et qui bénéficie à l'ensemble des créanciers³⁸⁹. Ceci illustre une facette de la notion de garantie qui tient à son caractère spécifique : la garantie est un avantage particulier à un créancier qui le distingue des autres³⁹⁰.

Ces éléments soulignent, en effet, la nécessité de réserver à la notion de garantie une définition générale si l'on veut qu'elle puisse englober les multiples institutions ayant cette fonction quelles que soient leurs natures juridiques. Ceci se justifie d'ailleurs aisément quand on sait que la garantie est une notion fonctionnelle et non pas conceptuelle comme la sûreté³⁹¹ : beaucoup d'institutions ont une fonction de garantie sans pour autant constituer des sûretés³⁹². Ainsi peut-on considérer que « *les garanties de paiement sont des avantages spécifiques à un ou plusieurs créanciers dont la finalité est de suppléer à l'exécution régulière d'une obligation ou d'en prévenir l'inexécution* »³⁹³.

3°. En conclusion

Il est maintenant établi, au regard de ce qui vient d'être dit, que les clauses et conventions qui augmentent les chances d'un créancier déterminé, ou de plusieurs, d'être payé en restreignant les conséquences de la survenance postérieure de la défaillance du débiteur, ou en tendant à la prévenir, sont des garanties. Ces garanties peuvent, en outre, être admises comme des véritables sûretés lorsqu'elles répondent, en plus, au triple critère susmentionné.

Ainsi se trouve justifiée la formule selon laquelle « la sûreté est une garantie. Mais toute garantie n'est pas une sûreté »³⁹⁴. En d'autres termes, la garantie recouvre un domaine plus large que la sûreté, qui apparaît comme une espèce particulière, définie par des caractères précis, d'un genre plus vaste qui est celui des garanties³⁹⁵.

³⁸⁹ Cass. Civ. 1^{ère}, 21 mars 1984, *Bull. civ.*, I, n° 111, p. 92 cité par P. CROCQ, *op. cit.*, p. 238.

³⁹⁰ P. CROCQ, *ibid.*, p. 238.

³⁹¹ *Idem*, p. 238.

³⁹² D. LEGAIS, *op. cit.*, p. 14.

³⁹³ P. CROCQ, *ibid.*, p. 238 ; voir également, D. LEGAIS, *ibid.*, p. 14.

³⁹⁴ Cette formule est de Ph. MALAURIE et L. AYNES, *op. cit.*, n° 2, p. 11.

³⁹⁵ Dans ce sens, P. CROCQ, *op. cit.*, p. 236.

La distinction que nous venons d'opérer entre la sûreté et la garantie nous permettra, et c'est là son intérêt, de déterminer quelles garanties conventionnelles fondées sur la propriété peuvent alors être qualifiées de véritables sûretés et lesquelles méritent purement et simplement d'être considérées comme des simples garanties.

B. Qualification proprement dite : propriétés – sûretés et propriétés – garanties

La qualification consiste, on s'en doute, à faire entrer un élément dans une catégorie juridique préexistante en reconnaissant en lui les caractéristiques essentielles de la catégorie de rattachement³⁹⁶.

Nous avons déjà déterminé les critères essentiels de nos deux catégories, à savoir les sûretés ou les garanties. Avant de nous livrer à l'exercice de la qualification proprement dite³⁹⁷, nous trouvons utile de préciser d'abord la nature de la propriété retenue ou cédée à fin de garantie en vue de dissiper certains malentendus.

1°. Nature de la propriété retenue ou cédée à fin de garantie

Il s'agit ici de distinguer la propriété retenue ou cédée à fin de garantie de la propriété ordinaire³⁹⁸. En d'autres termes, lorsqu'elle est retenue ou cédée à fin de garantie, la propriété est-elle celle que l'article 544 du Code civil définit comme « *le droit de jouir et de disposer*

³⁹⁶ *Vocabulaire juridique*, Association Henri CAPITANT, sous la direction de G. CORNU, P.U.F., 2^{ème} éd., 1990, V° 'qualification' (premier sens), cité par P. CROCQ, *ibid.*, p. 217.

³⁹⁷ Nous avons retenu pour cette qualification les termes « propriétés-sûretés » et « propriétés-garanties » utilisés par M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, 7^e éd., pp. 451 et s. Ils ont été repris par P. CROCQ, *ibid.*, pp. 241 et s. dans le même but de distinguer les propriétés véritables sûretés des propriétés à simple effet de garantie.

³⁹⁸ Cette distinction a été clairement opérée par M. GRIMALDI, « Réflexions sur les sûretés propriétés (à propos de la réserve de propriété) », *loc. cit.*, pp. 172-174. Elle a été établie aussi par C. MOULY, « Procédures collectives : assainir le régime des sûretés », *loc. cit.*, p. 550, à partir du but économique des 'propriétés – sûretés' : l'auteur note que le but visé par les parties est important pour qualifier la technique étudiée, soit en la rattachant à la propriété normale, pleine et entière, soit en la classant avec les sûretés réelles. Il propose alors de se demander ce que cherchent les parties au crédit-bail, à la réserve de propriété, à la cession de créance à titre de garantie ; veulent-elles conférer au créancier tous les pouvoirs sur la chose, ou bien seulement un droit sur la valeur de cette chose dont le débiteur aurait l'utilité, un droit que le créancier perdrait lorsque la dette serait payée ? La propriété du créancier est-elle parfaite ou bien est-elle diminuée par l'obligation de la transférer (ou re-transférer) lors du paiement complet ? Il en déduit que la réponse à ces questions conduit à constater que la propriété utilisée comme garantie est un concept différent de celui de propriété utilisée aux fins habituelles de jouissance complète. Cette démarche ne nous permet pas de confronter les critères de la propriété ordinaire avec les exigences de la propriété retenue ou cédée à fin de garantie, raison pour laquelle nous préférons celle de M. GRIMALDI.

des choses de la manière la plus absolue (...) », que la Déclaration de 1789 place au rang des droits de l'homme (article 17) et à laquelle la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Protocole n° 1, article 1^{er}) ainsi que la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (article 14) accordent leur protection ?

On peut, à la suite de M. GRIMALDI³⁹⁹, en douter au regard des traits caractéristiques de la propriété ci-dessous :

- d'abord, la propriété constitue, selon l'expression de M. GRIMALDI, un faisceau de pouvoirs sur la chose, qui rassemble l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*. Or, précise-t-il, dans la propriété retenue ou cédée à titre de garantie, le créancier ne cherche pas ces prérogatives, et, souvent d'ailleurs la convention l'en dépouille⁴⁰⁰.
- Ensuite, la propriété constitue un élément de richesse. Or, relève-t-il, la propriété retenue ou cédée à fin de garantie ne l'est pas ; ce dont le créancier est riche, c'est de sa créance⁴⁰¹.
- En plus, la propriété est perpétuelle, c'est-à-dire qu'elle se transmet, mais ne s'éteint point. La propriété retenue ou cédée à fin de garantie est, au contraire, par essence, temporaire, car elle ne dure que le temps de la créance dont elle garantit le paiement⁴⁰².
- Enfin, la propriété est exclusivité, monopole, c'est-à-dire que le propriétaire exclut quiconque a des prétentions sur sa chose. Il y a là un élément de ressemblance entre la propriété retenue ou cédée à titre de garantie et la propriété ordinaire, car le créancier

³⁹⁹ M. GRIMALDI, « Réflexions sur les sûretés propriétés (à propos de la réserve de propriété) », *loc. cit.*, pp. 172-173.

⁴⁰⁰ *Idem*, p. 172 ; voir également M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, 7^e éd., p. 450 qui notent aussi que la convention des parties peut dépouiller le créancier de la plénitude de la propriété qui investit son titulaire du droit de tirer parti de toutes les utilités de la chose pour ne lui laisser que le droit d'appréhender la chose pour se faire payer sur sa valeur. M. GRIMALDI donne notamment l'exemple de la réserve de propriété qui n'empêche point la livraison de la chose à l'acquéreur qui en use et qui l'exploite (p. 172) ; de la cession fiduciaire des créances qui laisse très généralement au débiteur cédant l'exercice des droits de créancier, à commencer par celui de recouvrer la créance.

⁴⁰¹ M. GRIMALDI, « Réflexions sur les sûretés propriétés (à propos de la réserve de propriété) », *ibid.*, p. 172. L'auteur cite, en appui de cette analyse, les règles comptables, suivant lesquelles la propriété retenue ou cédée à titre de garantie n'apparaît point à l'actif du bilan du créancier réservataire ou fiduciaire, mais simplement en annexe ; le sort dévolu aux fruits : les revenus du bien vendu avec réserve de propriété appartiennent à l'acquéreur, les intérêts de la créance cédée à titre de garantie s'imputent sur le montant de la dette garantie (pp. 172-173 et références citées).

⁴⁰² M. GRIMALDI, « Réflexions sur les sûretés propriétés (à propos de la réserve de propriété) », *ibid.*, p. 173. Voir aussi M. CABRILLAC et C. MOULY, *ibid.*, p. 450, qui notent, en rapport avec le caractère perpétuel de la propriété, que la perpétuité n'empêche pas les parties d'assigner à la propriété une limite temporelle et d'en prévoir le transfert au débiteur au moment où la créance est intégralement payée.

attend de la propriété retenue ou cédée à titre de garantie une exclusivité sur la valeur du bien, l'affectation absolument prioritaire de cette valeur au paiement de sa créance⁴⁰³.

Ce dernier trait nous révèle ce qui fait courir les créanciers vers les garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Comme le dit si bien M. GRIMALDI, « ce ne sont point les utilités de la chose, qu'ils n'auront pas ; ce n'est pas la valeur de la chose, qui ne saurait leur revenir en sus de celle de leur créance ; ce n'est pas la perpétuité, dont ils ne bénéficieront pas ; c'est l'exclusivité, le tour de faveur, bref le privilège de premier rang »⁴⁰⁴. Mais, du même coup, relève cet auteur, la propriété réservée ainsi que la propriété fiduciaire apparaissent, comme on le démontrera ci-dessous, comme des sûretés plus que comme des propriétés, pour autant, naturellement, que l'on veuille bien prendre ces deux mots dans leurs acceptions traditionnelles⁴⁰⁵. Les critères de la sûreté établis ci-dessus nous aideront à bien mettre en exergue cette nature de la propriété cédée ou retenue à titre de garantie dans nos considérations postérieures.

Il résulte de cette nature conférée à la propriété retenue ou cédée à fin de garantie que les règles de la propriété ordinaire sont souvent inadaptées à celle-là⁴⁰⁶ et que le dénouement de la sûreté au cas de défaillance du débiteur peut faire difficulté⁴⁰⁷.

⁴⁰³ M. GRIMALDI, « Réflexions sur les sûretés propriétés (à propos de la réserve de propriété) », *loc. cit.*, p. 173 ; voir aussi D. LEGAIS, *op. cit.*, p. 9, qui relève que la recherche de mécanismes conférant aux créanciers une situation d'exclusivité est une des caractéristiques majeures de l'évolution contemporaine du droit des garanties ; le droit de propriété peut, dit-il, ainsi apparaître comme la reine des sûretés ; Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, p. 309, qui observent que lorsque la propriété est retenue par le créancier, comme en matière de clause de réserve de propriété, celui-ci ne garde en réalité qu'un droit sur la valeur de la chose, tandis que le débiteur se voit laisser le droit de se servir de la chose et d'en tirer tous les avantages matériels.

⁴⁰⁴ M. GRIMALDI, « Réflexions sur les sûretés propriétés (à propos de la réserve de propriété) », *ibid.*, p. 173.

⁴⁰⁵ *Idem*, p. 173.

⁴⁰⁶ *Ibid.*, pp. 173-174. L'auteur cite le cas de la vente avec réserve de propriété où l'attribution au propriétaire des risques de la chose peut prendre le vendeur au piège de sa propre sûreté. Cette situation qu'illustre l'arrêt *Mécarex* (Cass. com., 29 novembre 1979 : *Bull.* IV, n° 300 ; D. 1980, IR, 571, note B. AUDIT ; J.C.P., 1981, II, 19615, note J. GHESTIN cité par M. GRIMALDI, « Réflexions sur les sûretés propriétés (à propos de la réserve de propriété) », *ibid.*, p. 173) expose le vendeur au danger de perdre sa créance de prix si la chose vient à périr par cas fortuit, alors pourtant qu'il entend en transférer les risques au moment de la livraison. Ce qui fait que, depuis cet arrêt, une clause usuelle, assurément licite, découple les risques de la propriété, et avance leur transfert à la date de la livraison.

⁴⁰⁷ *Ibid.*, p. 174. L'auteur relève que le dénouement aisé de la sûreté implique que l'on permette au créancier de vendre la chose pour se payer sur son prix. Or sa propriété, réservée ou fiduciaire, le lui permet-elle, alors qu'elle est grevée d'une obligation de transmettre ou de restituer ? Ne faut-il pas, d'abord, qu'elle se libère de cette obligation, qu'elle accède à la plénitude, à la souveraineté de la propriété ordinaire ? Et, dans l'affirmative, comment ?

Voyons maintenant, après cette mise au point, quelles garanties conventionnelles fondées sur la propriété peuvent être considérées comme des véritables sûretés au regard des critères de la sûreté susmentionnés.

2°. Les propriétés – sûretés

Une analyse au cas par cas des propriétés retenues ou cédées à fin de garantie permet de constater que celles-ci ne constituent pas toutes des véritables sûretés. Seules la réserve de propriété et la cession de créance à titre de garantie peuvent, à notre avis, être considérées comme des véritables sûretés. Il convient dès lors de les confronter aux critères de la sûreté exposés ci-dessus en vue de s'en rendre compte. Nous dirons évidemment, dans le point qui suivra, pourquoi nous considérons les autres propriétés retenues ou cédées à fin de garantie comme des simples garanties.

Nous tenons à préciser, avant de commencer l'examen de ces propriétés – sûretés, que les sûretés – propriétés ne figurent pas dans l'Acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés. En effet, en droit de l'OHADA, la propriété retenue à titre de garantie, c'est-à-dire la réserve de propriété, n'apparaît, à l'instar des droits belge et français, qu'ailleurs, dans la législation de la faillite ; la propriété transmise à titre de garantie, c'est-à-dire la fiducie-sûreté, n'apparaît, contrairement aux droits belge et français, nulle part⁴⁰⁸.

a) La réserve de propriété

La nature juridique de la réserve de propriété ne fait pas l'unanimité. En effet, certains⁴⁰⁹ refusent de la considérer comme une véritable sûreté au motif :

- qu'il n'y a de sûretés que celles que la loi énumère ; or aucun texte n'érige la propriété réservée en sûreté ;

⁴⁰⁸ M. GRIMALDI, « L'Acte uniforme portant organisation des sûretés », *Petites affiches*, 2004, n° 205, p. 31.

⁴⁰⁹ Les arguments de ceux qui refusent de considérer la propriété réservée comme une véritable sûreté sont repris notamment par : M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, 7^e éd., p. 455 ; P. CROCQ, *op. cit.*, p. 244 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, *op. cit.*, pp. 293-294 ; C. MOULY, « Procédures collectives : assainir le régime des sûretés », *loc. cit.*, p. 548. On peut trouver, en outre, d'autres justifications de cette exclusion chez I. MOREAU-MARGREVE, « Evolution du droit et de la pratique en matière de sûretés », *loc. cit.*, p. 179 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Rapport de synthèse », *Petites affiches*, 20 septembre 2000, n° 188, p. 45.

- que la propriété est un droit réel principal qui ne peut être réduit à la fonction subalterne de sûreté ; il y a donc incompatibilité.

D'autres l'adoptent sans réserve ou souhaitent ardemment que la qualification de sûreté soit officiellement consacrée⁴¹⁰.

Pour diverses raisons déjà mentionnées et que nous allons maintenant préciser, nous pensons, à la suite notamment de M. CABRILLAC et Christian MOULY⁴¹¹, que cette qualification paraît justifiée, car la réserve de propriété répond bien, et de façon cumulative, aux critères de la sûreté réelle, que sont la finalité, la technique et l'accessoire.

Nous avons déjà indiqué à maintes reprises que la *ratio legis* de la réserve de propriété est d'assurer un paiement préférentiel de la créance, sous la forme particulière d'un paiement en nature, qui n'est pas étrangère, relèvent M. CABRILLAC et Christian MOULY, au mécanisme des sûretés⁴¹². Ce paiement en nature entraînera, on s'en doute, l'extinction de la créance⁴¹³.

La présence de la technique de l'affectation dans la propriété réservée est, quant à elle, incontestable. L'on peut, en effet, constater qu'il s'agit ici d'une affectation d'un droit de propriété auquel l'acheteur pourrait prétendre et qu'il a d'ailleurs vocation à obtenir ; plus précisément une affectation en valeur, car, on l'a vu, le vendeur est privé de toutes les utilités que peut procurer la chose vendue, même si certaines sont paralysées à son profit par les obligations imposées à l'acheteur⁴¹⁴. Ce qui est normal quand on sait que le vendeur perd la propriété du bien une fois qu'il en a reçu la valeur et que sa revendication ne peut aboutir qu'en restituant la partie du prix qu'il a déjà encaissée⁴¹⁵.

⁴¹⁰ Voir les auteurs en faveur de cette propriété – sûreté cités par M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, 7^e éd., pp. 450 et 455 ; Y. CHAPUT, « Les clauses de réserve de propriété (commentaire de la loi n° 80-335 du 12 mai 1980), *JCP*, 1981, n° 48 ; C. MOULY, « Procédures collectives : assainir le régime des sûretés », *loc. cit.*, p. 549 ; Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 254.

⁴¹¹ M. CABRILLAC et C. MOULY, *ibid.*, pp. 455 et s.

⁴¹² *Idem*, p. 455. Ces auteurs notent que le paiement en nature est appliqué également en cas d'attribution judiciaire du gage. En revanche, C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Rapport de synthèse », *loc. cit.*, p. 45, estime, pour sa part, de manière nuancée, que « sauf exception, cette garantie [la réserve de propriété] permet d'éviter une perte et non d'obtenir un paiement (...) ». A notre avis, la clause de réserve de propriété permet principalement au bénéficiaire d'obtenir un paiement préférentiel de sa créance sur le débiteur.

⁴¹³ Il y a là un effet satisfaisant le créancier de même qu'une amélioration de sa situation juridique par rapport au créancier chirographaire.

⁴¹⁴ M. CABRILLAC et C. MOULY, *ibid.*, p. 455.

⁴¹⁵ *Idem*, p. 456.

On a déjà mentionné que le critère de l'accessoire fait l'objet des vives controverses. C'est en se fondant, en effet, sur le fait que la propriété réservée ne pourrait pas tenir le rôle d'accessoire de la créance qu'on lui a dénié la qualification de sûreté réelle, et partant de véritable sûreté, laquelle aurait pour conséquence de le lui attribuer⁴¹⁶.

M. CABRILLAC et Christian MOULY défendent brillamment la thèse contraire à laquelle nous adhérons en ces termes : « Pourtant, la propriété réservée est indéniablement vassale de la créance du prix et tributaire de son sort ; la propriété est transférée de façon automatique lorsque le complet paiement intervient ; elle doit l'être lorsque la créance du prix est tributaire de son sort ; la propriété est transférée de façon automatique lorsque le complet paiement intervient ; elle doit l'être lorsque la créance du prix s'éteint pour une autre cause que le paiement, sans quoi l'on déboucherait sur une situation absurde ; de même, elle doit être transmise avec la créance, car elle n'aurait plus aucune utilité pour le vendeur »⁴¹⁷.

Il convient de mentionner que la qualité d'accessoire de la créance a été reconnue expressément à la propriété réservée par la jurisprudence française pour en admettre la transmission tant au subrogé⁴¹⁸ qu'au porteur de la lettre de change^{419,420}.

⁴¹⁶ M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, p. 456. Parmi les auteurs qui défendent cette position, on peut citer notamment P. CROCQ, *op. cit.*, p. 244.

⁴¹⁷ M. CABRILLAC et C. MOULY, *ibid.*, p. 456 ; voir également Ph. MALAURIE et L. AYNES, *op. cit.*, p. 301, qui notent, en rapport avec ce caractère accessoire de la propriété réservée : « (...) Il suffit d'admettre qu'elle est une garantie accessoire, (...), c'est-à-dire un droit au service exclusif de la créance, dont il assure le paiement. L'affirmative s'impose pour une raison pratique : permettre au vendeur de mobiliser sa créance, notamment en la transmettant à un prêteur de deniers ». C. MOULY, « Procédures collectives : assainir le régime des sûretés », *loc. cit.*, p. 549, a également défendu cette thèse en indiquant que « rien n'empêche donc à la propriété de servir à la garantie d'une créance, rien n'empêche ce droit réel, modèle des autres dont il ne diffère pas, d'être l'accessoire d'un droit personnel. (...) Le plus souvent droit principal, elle pourra parfois devenir accessoire parce qu'affectée à la sûreté d'une créance ».

⁴¹⁸ Cass. com., 15 mars 1988, *Gaz. Pal.*, 1988, I, 244, note SOINE ; *D.*, 1988, 330, note PEROCHON ; *Banque*, 1988, 932, obs. RIVES-LANGE ; *RTD com.*, 1988, 287, obs. HEMAARD et BOULOC ; *RD bancaire*, 1988, 103, obs. DEKEUWER-DEFOSSEZ et 129, obs. CREDOT et GERARD ; *JCP*, 1998, II, 15221, n° 14, obs. CABRILLAC et VIVANT, cité par M. CABRILLAC et C. MOULY, *ibid.*, p. 456, spéc. p. 451.

⁴¹⁹ Cass. com., 11 juillet 1988, *Banque*, 1988, 932, obs. RIVES-LANGE ; *Gaz. Pal.*, 5-6 octobre 1988 ; *RTD com.*, 1988, obs. CABRILLAC et TEYSSIE, cité par M. CABRILLAC et C. MOULY, *ibid.*, p. 456, spéc. p. 451.

⁴²⁰ Ces deux arrêts sont cités également par Ph. MALAURIE et L. AYNES, *ibid.*, p. 302. Les auteurs notent cependant, sous l'influence d'une décision de la Cour de cassation française, que bien qu'accessoire à la créance du prix, la propriété réservée ne constitue pas, à tous égards, une sûreté. Cette Cour a décidé, en effet, que l'extinction de la créance de prix pour défaut de déclaration dans la procédure collective ne fait pas disparaître la propriété, parce que le terme suspensif conventionnellement fixé est le paiement du prix ; la propriété du créancier survit à sa créance (Cass. com., 9 janvier 1996, B. IV, n° 00 ; *Def.*, 96, a. 36276, n. F. DERRIDA). Les auteurs y voient à juste titre une incohérence difficile à justifier ; à moins qu'il ne s'agisse, estiment-ils, simplement de résister aux effets néfastes de l'article 53 de la loi du 25 janvier 1985.

Il reste que le grief le plus grave qu'on peut imputer à la réserve de propriété, comme on l'a vu, au plan strictement juridique, est d'être une sûreté aléatoire dont l'efficacité de principe, rappellent M. CABRILLAC et Christian MOULY – très grande puisqu'elle confère une priorité absolue – est tributaire du hasard, ce qui défie la logique et l'équité⁴²¹.

On peut, en somme, au regard de tout ce qui vient d'être dit, qualifier la réserve de propriété – accessoire, ayant pour finalité principale le paiement grâce à l'affectation de la propriété du bien au créancier – de propriété – sûreté, et lui réserver, pour cette raison, une place au sein des sûretés. En est-il de même de la cession de créance à titre de garantie ?

b) La cession de créance à titre de garantie

Il a été constaté ci-dessus que la cession de créance à titre de garantie constitue un mécanisme fondé sur le transfert de propriété au profit du créancier (le fiduciaire), transfert qui, pour des raisons susmentionnées, n'est ni simulé, ni fictif, ni enchâssé dans une vente⁴²². L'opération est, a-t-on dit, minutieusement organisée à telle enseigne que les obligations souscrites par le créancier limitent ses prérogatives de propriétaire. Aussi a-t-il été indiqué qu'en cas de paiement de la créance garantie, le transfert doit être suivi, comme le soulignent M. CABRILLAC et Christian MOULY, d'un transfert en sens inverse, qui résulte soit de l'exécution d'une obligation de rétrocession, soit du jeu d'un mécanisme automatique⁴²³.

C'est en tenant compte de toutes ces considérations que nous considérons que la cession de créance à titre de garantie mérite bien la qualification de sûreté, mieux constituée, selon l'expression de M. CABRILLAC et Christian MOULY, une « authentique sûreté réelle »⁴²⁴.

⁴²¹ M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, 7^e éd., p. 609. Les auteurs n'hésitent pas à la comparer à un billet de loterie gratuit dont le vendeur est gagnant s'il retrouve le bien en nature ou si le prix de revente n'a pas été versé ; il est perdant dans l'éventualité contraire, sans qu'il puisse avoir une influence sur ces dénouements.

⁴²² Dans ce sens, M. CABRILLAC et C. MOULY, *ibid.*, p. 451.

⁴²³ *Idem*, p. 451.

⁴²⁴ *Ibid.*, p. 451 ; voir aussi P. CROCQ, *op. cit.*, p. 249, qui écrit qu'« il n'y a aucune difficulté à admettre que les aliénations fiduciaires à titre de garantie constituent bien des sûretés » ; C. MOULY, « Procédures collectives : assainir le régime des sûretés », *loc. cit.*, p. 554, qui la range parmi les propriétés – sûretés ; Fr. T'KINT, *op. cit.*, 4^e éd., pp. 162-163, dans ses considérations succinctes sur le contrat de fiducie, est favorable à cette position. On observera, en outre, que Mme MOREAU-MARGREVE, « Du nouveau à propos des cessions de créance », *loc. cit.*, p. 156, tout en plaçant en faveur de l'inopposabilité de la cession de créance à titre de garantie, considère néanmoins celle-ci comme une sûreté réelle.

On peut, en effet, constater ici aussi qu'il est assigné à la propriété une finalité exclusive consistant au paiement préférentiel d'une créance ; qu'on recourt à la technique de l'affectation d'un bien dont le constituant a vocation à récupérer la propriété, vocation qui se réalise en cas de paiement ou d'extinction de la créance ; qu'il est question d'une affectation en valeur dans la mesure où la convention des parties, par des clauses diverses, retire au créancier les utilités matérielles du bien et peut prévoir, en cas de défaillance du débiteur, le remboursement de la différence entre le prix du bien et le montant de la créance⁴²⁵.

On ne peut manquer de souligner cependant que la qualification de sûreté est susceptible de soulever une objection lorsqu'elle est appliquée à la fiducie de manière générale. Cette objection, qui est considérée comme non dirimante, s'appuie sur le fait que la propriété fiduciaire ne serait pas l'accessoire de la créance, car elle ne serait pas transmise avec elle, le fiduciaire devant la conserver en vue de la rétrocession⁴²⁶. Pour l'écarter, M. CABRILLAC et Christian MOULY, se fondent justement sur une double considération : d'une part, on peut contester, au plan théorique et général, que la propriété fiduciaire ne suive pas le sort de la créance garantie et, d'autre part, on peut observer que, dans la plupart des applications qu'en fait le droit positif, notamment en matière de cession de créance à titre de garantie, la propriété fiduciaire passe aux titulaires successifs de la créance garantie⁴²⁷.

Ceci étant, devons-nous alors considérer toutes les autres propriétés retenues ou cédées à titre de garantie comme des simples garanties ? C'est à cette question que nous allons répondre maintenant.

3°. Les propriétés – garanties

A l'instar des propriétés – sûretés que nous venons d'examiner ci-dessus, les propriétés – garanties limitent les effets de la défaillance du débiteur et procurent à ceux qui en bénéficient un avantage spécifique qui leur confère une situation plus favorable que celle des autres créanciers; elles constituent ainsi incontestablement des garanties⁴²⁸.

⁴²⁵ V. M. CABRILLAC et Ch. MOULY, *op. cit.*, 7^e éd., pp. 451-452 ; P. CROCQ, *op. cit.*, p. 249.

⁴²⁶ M. CABRILLAC et C. MOULY, *ibid.*, p. 452.

⁴²⁷ *Idem*, p. 452.

⁴²⁸ P. CROCQ, *ibid.*, p. 242.

Nous verrons, en guise d'illustration, à travers l'examen de la propriété du crédit-bailleur et de celle du porteur de la lettre de change sur provision, qu'elles ne peuvent être considérées comme des véritables sûretés faute de certains critères spécifiques à celles-ci.

a) Le crédit-bail ou leasing

L'arrêté royal de pouvoirs spéciaux n° 55 du 10 novembre 1967 organisant le statut juridique des entreprises pratiquant la location-financement, pris en exécution de l'article 1^{er}, a, 6°, de la loi du 31 mars 1967, a réglementé, en droit belge, l'activité des sociétés de leasing et leur a imposé des obligations précises dans la rédaction des contrats. Cet arrêté ne définit cependant pas le contrat de leasing⁴²⁹.

L'Acte uniforme OHADA relatif au droit commercial général organise, pour sa part, l'inscription des contrats de crédit-bail (articles 61 et 62) sans les définir. L'on peut, en outre, observer que le crédit-bail n'est pas réglementé par l'Acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés, alors qu'il est retenu – avec la clause de réserve de propriété – par l'Acte uniforme OHADA relatif au droit commercial général au titre des propriétés – sûretés⁴³⁰. Nous en déduisons que le droit uniforme OHADA ne considère pas le crédit-bail comme une véritable sûreté⁴³¹.

Le crédit-bail est défini, en droit français, par la loi n° 455 du 2 juillet 1966, modifiée par l'ordonnance n° 837 du 28 septembre 1967 (textes figurant maintenant dans le CMF, art. L. 313-7 et s.). Il est considéré, au regard de cette loi, comme une opération complexe par laquelle un professionnel qui désire disposer d'un bien d'équipement le fait acheter par un établissement de crédit qui le lui donne en location pour une période, dite irrévocable, correspondant à la durée normale de l'amortissement ; au terme de cette période, l'utilisateur peut soit acheter le bien pour sa valeur résiduelle en vertu d'une promesse unilatérale de vente souscrite par le crédit-bailleur, soit le restituer, soit demander le renouvellement de la location pour un loyer plus faible⁴³².

⁴²⁹ V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 257.

⁴³⁰ AKUETE PEDRO SANTOS et J. YADO TOE, *OHADA. Droit commercial général*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 152.

⁴³¹ Il en est de même de la clause de réserve de propriété qui n'y est pas aussi qualifiée légalement de sûreté.

⁴³² M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, 7^e éd., p. 457 ; voir également AKUETE PEDRO SANTOS et J. YADO TOE, *ibid.*, p. 102 ; Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 256.

Si, économiquement, le crédit-bail passe pour une opération de crédit, l'on doit, en revanche, observer que le prêt prend, juridiquement, la voie détournée d'un prix d'achat qui est remboursé de façon indirecte sous forme de loyers⁴³³. Il y a lieu de remarquer également que le crédit-bailleur (la société de leasing) acquiert, dès le début de l'opération, la propriété du bien qui en est l'objet et la conserve au moins jusqu'au dénouement ; il y trouve ainsi une garantie dans l'éventualité où l'opération doit être arrêtée en cours d'exécution en raison de la défaillance de l'utilisateur⁴³⁴.

Ainsi conçu, le crédit-bail ou leasing soulève une question relative à sa nature juridique. La réponse à cette question divise la doctrine, car certains voient dans la propriété de la société de leasing (du crédit-bailleur) une véritable sûreté au motif que le leasing permet à la propriété de remplir un rôle de sûreté, produit notamment un effet de sûreté en dépit du fait qu'il n'a pas pour objet principal la constitution d'une sûreté⁴³⁵. M. CABRILLAC et Christian MOULY avouent, dans leur ouvrage, que « la question est épineuse, au point que les auteurs de cet ouvrage étaient ici en désaccord. L'un y a répondu affirmativement, estimant que le fait que le crédit-bail ait la fonction économique d'une sûreté doit conduire à admettre qu'il en a la nature juridique⁴³⁶. L'autre se refuse à le faire pour diverses raisons »⁴³⁷.

D'autres auteurs y voient, en revanche, une simple garantie⁴³⁸. Cette position à laquelle nous adhérons se fonde, en effet, sur les considérations suivantes⁴³⁹:

- la garantie procurée par la propriété n'est pas la seule finalité de la combinaison, car elle permet également aux parties de s'affranchir des contraintes réglementaires inhérentes à la vente à crédit en leur offrant notamment le moyen d'aligner la durée de l'opération sur celle de l'amortissement du bien ;
- le contrat de leasing ne dépouille pas la propriété de toutes ses utilités, car la société de leasing, du fait de sa situation de bailleur, est appelée à percevoir des loyers ;
- la transmission de la propriété n'est pas nécessairement acquise à l'issue du remboursement, car elle peut rester postérieurement, au gré de l'utilisateur, dans le

⁴³³ M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, 7^e éd., p. 457.

⁴³⁴ *Idem*, p. 457.

⁴³⁵ Ph. MALAURIE et L. AYNES, *op. cit.*, p. 302.

⁴³⁶ Dans ce sens, C. MOULY, « Procédures collectives : assainir le régime des sûretés », *loc. cit.*, pp. 555 et 556.

⁴³⁷ M. CABRILLAC et C. MOULY, *ibid.*, p. 458.

⁴³⁸ Il en est ainsi notamment de P. CROCQ, *op. cit.*, pp. 242-243. M. CABRILLAC défend également cette thèse dans leur ouvrage collectif précité (p. 458).

⁴³⁹ V. M. CABRILLAC et C. MOULY, *ibid.*, p. 458 ; P. CROCQ, *ibid.*, p. 243.

patrimoine de l'établissement de crédit, pareil processus étant, on s'en doute, incompatible avec l'extinction de la sûreté par le paiement ;

- le contrat de leasing ne respecte pas la notion d'accessoire. On observe, en effet, que si la propriété garantit l'opération dans son ensemble, elle ne garantit pas précisément la ou les créances de la société de leasing sur l'utilisateur ; loin d'en être l'accessoire, elle en est totalement indépendante. C'est pourquoi la société de leasing peut, en cas de défaillance de ce dernier, durant la période irrévocable, mettre fin à la location et reprendre la disposition de sa chose. Pareille récupération est différente de la réalisation d'une sûreté, car elle ne lui fait pas perdre pour autant la créance des loyers échus et impayés, ni même la créance d'indemnité à laquelle il peut prétendre en vertu de la clause pénale traditionnellement insérée dans les contrats⁴⁴⁰.

On peut donc constater, d'une part, que le contrat de leasing ne met pas la propriété au service d'une créance de remboursement, à laquelle la structure de l'opération ne fait d'ailleurs pas officiellement de place, ni non plus au service de la créance de loyer, et, d'autre part, que la propriété ne vise pas le paiement préférentiel mais procure à la société de leasing l'assurance que, en cas de défaillance de l'utilisateur, elle aura au moins la contrepartie en nature de la somme qu'elle a investie dans l'opération⁴⁴¹. Cette propriété n'a par conséquent qu'un simple effet de garantie et ne trouve sa place qu'au sein des propriétés – garanties.

b) La propriété de la provision de la lettre de change

Nous empruntons cet exemple au droit français qui prévoit, à l'article 511-7, alinéa 3 du Code de commerce, que « la propriété de la provision est transmise de droit aux porteurs successifs de la lettre de change ».

Cette disposition institue, en effet, une règle qui a pour conséquence de conférer au porteur un droit exclusif sur la somme dont le tiré pourra être redevable au tireur au moment de l'échéance de la traite⁴⁴². Il en résulte que cette somme échappe aux créanciers du tireur, aussi

⁴⁴⁰ Le cumul de la reprise du bien et l'indemnité forfaitaire a été admis par la jurisprudence française : Cass. com., 4 juillet 1972, *D.*, 1972, 732, note MALAURIE, cité par M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, 7^e éd., p. 458.

⁴⁴¹ Dans ce sens, M. CABRILLAC et C. MOULY, *ibid.*, p. 458.

⁴⁴² M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, 7^e éd., p. 459.

bien dans l'hypothèse où ce dernier est placé sous le coup d'une procédure collective⁴⁴³ que dans celle où la créance est l'objet d'une saisie-attribution⁴⁴⁴.

Certains auteurs n'ont pas hésité à considérer cette précieuse garantie comme une authentique sûreté⁴⁴⁵. Il n'en est cependant pas ainsi lorsqu'on tient compte du double fait que la créance de la provision dont est investi le porteur n'est pas l'accessoire de sa créance cambiariaire – les deux créances sont en situation d'interdépendance et ont une certaine autonomie – et le transfert de la propriété de la provision ne produit pas seulement les effets d'une sûreté⁴⁴⁶. Ce qui fait dire à M. CABRILLAC et Christian MOULY qu'« en réalité, la propriété de la provision est, dans notre conception française, un élément intégré au mécanisme cambiariaire qui incorpore à l'écrit la titularité d'une créance fondamentale ; cette propriété produit un effet de sûreté très accusé, mais a des effets plus larges et spécifiques qui l'empêchent d'être réductible à une sûreté »⁴⁴⁷.

Que retenir, en somme, de cet exercice de qualification ?

4°. En conclusion

Il reste à préciser ici que bien d'autres institutions jouent le rôle de garantie, comme on a pu le remarquer lors de l'étude de l'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours, sans pour autant constituer des sûretés, soit parce qu'elles ne peuvent pas procurer la même sécurité, soit parce qu'elles ne peuvent jouer que dans des situations bien déterminées. On peut ainsi citer notamment :

- le droit de rétention, qui ne constitue pas une véritable sûreté, en droits belge et français contrairement au droit uniforme, nonobstant son opposabilité *erga omnes* parce qu'il lui

⁴⁴³ V. Cass. civ., 18 janvier 1937, *DH*, 1937, 145 ; S., 1937, 1, 81, note ROUSSEAU, cité par M. CABRILLAC et C. MOULY, *ibid.*, p. 459.

⁴⁴⁴ V. Cass. com., 29 novembre 1982, *D.*, 1983, inf. rap. 246, obs. CABRILLAC, cité par M. CABRILLAC et C. MOULY, *ibid.*, p. 459.

⁴⁴⁵ L'on cite notamment PERCEROU et DESSERTAUX, *op. cit.*, I, n° 600, pp. 811-812 ; ROBLOT, *Les effets de commerce*, n° 190, cité par M. CABRILLAC et C. MOULY, *ibid.*, p. 459, qui précisent que certaines décisions (voir note de bas de page n° 43, p. 459) ont consacré cette opinion en déclarant la fourniture de la provision faite pendant la période suspecte inopposable à la masse de la « faillite » du tireur par application de la règle qui interdit la constitution de sûreté pour dette antérieure.

⁴⁴⁶ Dans ce sens, M. CABRILLAC et C. MOULY, *ibid.*, p. 459. Ils ne manquent toutefois pas de reconnaître que le transfert de propriété réalise bien une affectation au profit du porteur de la créance éventuelle du tireur sur le tiré ; cette affectation peut être confortée, s'il n'y a pas eu acceptation, par la défense adressée au tiré de payer le tireur. Grâce à cette affectation, le porteur peut bénéficier d'un paiement par préférence aux autres créanciers du tireur.

⁴⁴⁷ M. CABRILLAC et C. MOULY, *ibid.*, 2004, p. 460.

manque la vertu active d'une sûreté, c'est-à-dire le pouvoir d'agir que confère toute sûreté, qu'elle soit personnelle ou réelle, à son bénéficiaire⁴⁴⁸ ;

- l'action directe, qui constitue, on s'en doute, une atteinte à la loi du concours parce qu'elle est une faveur légale qui permet à un créancier de se faire payer en priorité sur cet élément de l'actif du débiteur qu'est la créance de ce dernier contre une autre personne, le sujet passif de l'action directe⁴⁴⁹ ; sa qualification demeure controversée : un courant de la doctrine l'assimile à une véritable sûreté⁴⁵⁰, tandis qu'une autre, appuyée par le droit positif, y voit une garantie originale⁴⁵¹.
- L'exception d'inexécution, qui produit un effet de garantie sans pour autant avoir la nature d'une sûreté dont elle est fort éloignée puisque sa finalité n'est pas le paiement préférentiel, mais plutôt d'inciter à l'exécution d'une obligation et de prémunir contre son inexécution⁴⁵².
- La clause résolutoire ou l'action résolutoire, qui, même si elle engendre un résultat économique équivalent, n'est pas une sûreté dans la mesure où le jeu de la résolution fait disparaître rétroactivement la créance de somme d'argent et c'est en raison de cette disparition et non d'un paiement préférentiel ou d'une dation en paiement que le bénéficiaire de la résolution est soustrait à la loi du concours⁴⁵³.
- La compensation, dont la fonction de garantie est incontestable, est avant tout un mode simplifié d'extinction des obligations. L'on peut néanmoins observer, à la suite de M. CABRILLAC et Christian MOULY, que si le paiement préférentiel n'est pas l'objectif exclusif, ni même primordial de la compensation légale, il n'en va pas de même pour la

⁴⁴⁸ V. C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Rapport de synthèse », *loc. cit.*, p. 45 ; dans ce sens également M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, 7^e éd., pp. 460 et s., qui y voient plutôt un moyen de pression sur la volonté du débiteur qui l'incite à l'exécution et partant, une garantie de paiement d'une technique fruste, mais qui est douée d'une grande efficacité. Tous ces auteurs s'appuient sur l'arrêt de la Cour de cassation française selon lequel le droit de rétention n'est pas une sûreté (Cass. com., 20 mai 1997, *Bull. civ.* IV, n° 141 ; *D.*, 1998, 479, note KERIDERIAN). Les deux derniers auteurs ne manquent pas de faire observer d'ailleurs que le droit de rétention ne répond pas au critère fondamental de l'affectation d'un bien au paiement préférentiel d'une créance.

⁴⁴⁹ M. CABRILLAC et C. MOULY, *ibid.*, p. 481.

⁴⁵⁰ M. CABRILLAC, « Les sûretés réelles entre vins nouveaux et vieilles outres », *loc. cit.*, p. 716, qui estime qu'elle mérite la qualification de sûreté puisqu'elle offre à son titulaire le droit de se faire payer par priorité sur une créance figurant dans le patrimoine de son débiteur, encore qu'elle comporte d'autres avantages que celui de la priorité, notamment les droits propres et les facilités d'exécution qu'elle confère (M. CABRILLAC et C. MOULY, *ibid.*, p. 481). Il convient de noter que Mme MOREAU-MARGREVE, « Evolution du droit et de la pratique en matière de sûretés », *loc. cit.*, pp. 171 et s., l'examine dans la partie relative aux sûretés réelles et plus précisément dans celle traitant de sûretés d'origine légale et justifie cette option par le fait que la technique de l'action directe en tant qu'elle s'analyse comme « une forme de mise en œuvre d'un privilège sur créance » mérite incontestablement son évocation dans le présent paragraphe (pp. 172-173).

⁴⁵¹ Voir notamment MARTY et RAYNAUD, *Les obligations*, n° 692, cité par M. CABRILLAC et C. MOULY, *ibid.*, p. 481.

⁴⁵² M. CABRILLAC et C. MOULY, *ibid.*, p. 482.

⁴⁵³ *Idem*, p. 483. Dans ce sens C. MOULY, « Procédure collective : assainir le régime des sûretés », *loc. cit.*, p. 553, qui souligne aussi l'action résolutoire ne confère le paiement préférentiel que de façon seconde.

compensation judiciaire et la compensation conventionnelle dans la mesure où, le plus souvent, c'est bien le paiement préférentiel que recherche le plaideur qui sollicite l'une ou le cocontractant qui stipule l'autre, alors que la créance ne remplit pas les conditions de la compensation légale⁴⁵⁴. Mais, poursuivent-ils, cela ne constitue pas une raison suffisante pour conclure à la qualification de sûreté, car le paiement préférentiel n'est pas l'objectif exclusif ; car ces deux types de compensation comportent un élément étranger au jeu d'une sûreté : l'abolition du terme ou du défaut de liquidité ; car enfin la compensation n'est pas un accessoire de la créance⁴⁵⁵.

Aussi convient-il de faire observer, au terme de cet exercice de qualification, que le fait d'admettre que la propriété retenue ou cédée à titre de garantie peut constituer, dans certains cas, une véritable sûreté ne revient pas, comme l'ont précisé MM. SIMLER et DELEBECQUE⁴⁵⁶, à créer de toutes pièces une nouvelle sûreté. Reconnaître que le droit de propriété peut être une sûreté est simplement, précisent-ils⁴⁵⁷ à juste titre, mettre à jour l'une des facettes de cette institution dans les limites prescrites par le droit positif.

Après cet exercice de qualification, nous pouvons maintenant proposer le régime juridique applicable aux garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours considérées comme des sûretés en cas de faillite ou liquidation des biens.

§3. Régime applicable aux propriétés – sûretés en cas de faillite ou liquidation des biens

Pour rappel, nous avons indiqué ci-dessus, dans nos considérations précédentes sur le dessaisissement et la composition de la masse, que l'ouverture de la procédure de faillite ou liquidation des biens affecte la situation de tous les créanciers, titulaires de sûretés, de privilèges ou chirographaires. Ils sont, avons-nous vu, tous soumis à la discipline collective d'une manière ou d'une autre.

⁴⁵⁴ M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, 7^e éd., p. 483.

⁴⁵⁵ *Idem*, p. 483.

⁴⁵⁶ Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, 4^e éd., 2004, p. 309.

⁴⁵⁷ *Idem*, p. 309.

Celle-ci doit, en effet, être appliquée également aux bénéficiaires des propriétés – sûretés, qui constituent, on vient de le voir, des véritables sûretés et méritent dès lors d’être alignées sur le régime des sûretés en cas de faillite ou liquidation des biens.

Notre objectif ici est de souligner simplement que les propriétés – sûretés doivent être soumises aux contraintes des procédures collectives sous examen à l’instar des autres sûretés⁴⁵⁸. Nous allons ainsi en fournir une illustration en rappelant, d’une part, certaines règles procédurales relatives à la déclaration des créances et à la suspension des poursuites individuelles et, d’autre part, certaines normes d’opposabilité.

A. Règles procédurales

1°. L’obligation de déclaration des créances

On peut observer, à la suite de Christian MOULY et en renvoyant pour de plus amples informations à nos commentaires ci-avant sur les articles 62 de la loi belge sur les faillites et 78 de l’Acte uniforme OHADA portant organisation des procédures collectives d’apurement du passif qui régissent la déclaration des créances, que lorsque la propriété n’est utilisée que comme un droit réel accessoire, comme une sûreté, le régime de la créance (élément principal) l’emporte sur celui de la propriété (élément accessoire) : l’accessoire suit le principal⁴⁵⁹.

La propriété – sûreté devant, en effet, être soumise au même traitement que toutes les autres sûretés, il va de soi, sans même qu’il soit besoin de modifier les règles et les concepts des procédures collectives⁴⁶⁰, qu’on soumette le créancier propriétaire à l’obligation de déclarer ses créances.

⁴⁵⁸ C. MOULY, « Procédures collectives : assainir le régime des sûretés », *loc. cit.*, pp. 556-557, abondant dans le même sens, n’a pas hésité à souligner que « dès que l’analyse de la propriété en une sûreté accessoire triomphe de la conception routinière, forgée par l’habitude, d’une propriété intouchable, toutes les règles des procédures collectives qui affectent les sûretés traditionnelles ont vocation à affecter également la propriété – sûreté ».

⁴⁵⁹ C. MOULY, « Procédures collectives : assainir le régime des sûretés », *ibid.*, p. 557.

⁴⁶⁰ *Idem*, p. 557.

Le régime des revendications d'un bien affecté en sûreté sera celui des créances, alors que les revendications d'un bien dont le revendiquant détient la pleine propriété resteront soumises au régime normal⁴⁶¹.

2°. La suspension des poursuites individuelles

Les règles gouvernant la suspension des poursuites individuelles, c'est-à-dire les articles 24 de la loi belge précitée et 75, alinéa 1^{er}, de l'Acte uniforme susmentionné, en ce qui concerne la suspension des voies d'action dirigées contre le failli et les articles 26 de ladite loi et 75, alinéa 2, dudit Acte uniforme, en ce qui concerne la suspension des voies d'exécution, doivent être étendues aux créanciers dont les créances sont garanties par une propriété – sûreté. Leurs actions en revendication doivent dès lors, lorsqu'elles sont l'exercice d'un droit accessoire à une créance d'argent, être suspendues jusqu'à vérification.

Elles doivent donc, à l'instar de celles des créanciers titulaires de sûretés ou de privilèges, être suspendues jusqu'à la clôture du procès-verbal de vérification des créances pour les motifs précités⁴⁶². Ceci permettrait de les soumettre à la discipline collective à laquelle ils ne sont point soumis actuellement au regard des articles 101, alinéa 3, de la loi belge et 101 à 103 de l'Acte uniforme, qui accordent un avantage au revendiquant qui, lorsqu'il fait valoir son droit de propriété, ne subit pas la loi du concours.

B. Règles d'opposabilité

Pour rappel, ces règles sont portées par les articles 17 à 21 de la loi belge sur les faillites et 67 et suivants de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif. Elles rangent (articles 17, 3°, de la loi belge et 68, 5°, de l'Acte uniforme) les sûretés réelles parmi les actes suspects lorsqu'elles sont constituées pendant la période suspecte pour

⁴⁶¹ C. MOULY, « Procédures collectives : assainir le régime des sûretés », *loc. cit.*, pp. 557-558. Il y a lieu de remarquer qu'il n'est pas nécessaire, a décidé la Cour de cassation française, pour exercer la revendication, que le propriétaire ait déclaré sa créance, possibilité qui lui est cependant ouverte (Cass. com., 1^{er} octobre 1985, *D.*, 1986, inf. rap., 169, obs. DERRIDA, cité par M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, 7^e éd., p. 615.

⁴⁶² Permettre notamment au curateur ou au syndic de mieux identifier la consistance de l'actif et du passif, de prendre les premières mesures nécessaires pour l'orientation de la faillite et de réunir, le cas échéant, les fonds nécessaires pour désintéresser les créanciers et éviter des réalisations dans des conditions ou à un prix désavantageux pour la masse.

garantir une dette antérieure. Il en résulte que si toute sûreté garantissant une dette antérieure doit être inopposable, la propriété – sûreté doit l'être aussi⁴⁶³.

On doit néanmoins constater la faiblesse du risque d'inopposabilité en ce qui concerne la réserve de propriété sur marchandises dans la mesure où la sûreté doit être constituée, au regard des articles 101, alinéa 2, de la loi belge sur les faillites et 103, alinéa 2, de l'Acte uniforme précité, par un écrit signé au plus tard au moment de la délivrance des biens.

Tel n'est pas le cas, en revanche, de la cession des créances à titre de garantie qui peut garantir des créances antérieures ; dans ce cas, l'inopposabilité est de droit si la sûreté est intervenue en période suspecte⁴⁶⁴.

C. En résumé

On peut dire, à la suite de Mme STRANART, dans ses commentaires sur la souplesse de sa définition de la sûreté susmentionnée, que les propriétés – sûretés obéissent aux dispositions particulières du droit de la faillite, ou plus généralement de la liquidation collective, édictées pour les sûretés *stricto sensu*⁴⁶⁵. Leurs bénéficiaires doivent donc eux aussi être soumis, à l'instar des créanciers privilégiés ou titulaires de sûretés, à la même discipline collective édictée par le droit des entreprises en difficulté, c'est-à-dire qu'ils doivent déclarer leurs créances et faire état de leurs sûretés, voient leurs poursuites suspendues, doivent être soumis aux règles régissant la période suspecte, ...⁴⁶⁶.

Pareille évolution ne peut qu'avoir des conséquences sur les régimes des faillites et des sûretés. Nous allons tenter de les résumer dans les lignes qui suivent.

⁴⁶³ C. MOULY, « Procédures collectives : assainir le régime des sûretés », *loc. cit.*, p. 559.

⁴⁶⁴ *Idem*, p. 559.

⁴⁶⁵ A. M. STRANART, *op. cit.*, p. 5.

⁴⁶⁶ Dans ce sens, Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, 4^e éd., 2004, p. 312.

§4. L'impact de cette évolution sur les régimes des faillites et des sûretés

A. Son impact sur le régime des faillites ou des liquidations des biens

On rappellera d'abord brièvement les risques de l'évolution engagée afin de mieux justifier ensuite l'impact de l'assainissement ci-dessus préconisé en cas de faillite ou liquidation des biens.

1°. Les risques de l'évolution engagée

Les malaises dont souffrent les créanciers chirographaires dans les procédures collectives sous examen sont engendrés notamment, on l'a vu, par l'accroissement des créances de la masse et l'énorme augmentation des privilèges et partant des créances qu'ils garantissent, sans pour autant négliger les sûretés immobilières. Nous proposerons ci-après certaines pistes de solution pour atténuer les conséquences de cette situation sur les créanciers chirographaires.

Le développement des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours de manière générale, et de la propriété – sûreté en particulier, en réaction, on s'en doute, contre l'inefficacité des sûretés traditionnelles, constitue un autre mal dont souffrent les créanciers chirographaires.

Cette évolution non négligeable au regard de ses conséquences sur le sort des créanciers chirographaires a bénéficié souvent de la bénédiction du législateur et de la jurisprudence. Ses risques demeurent néanmoins énormes pour lesdits créanciers si on ne la contient pas dans la mesure du possible. D'abord, elle confirme et accentue le risque de ces derniers de ne se voir attribuer, dans la plupart des cas, aucun dividende au moment de la répartition de l'actif du débiteur et accroît les possibilités de voir les procédures collectives ici examinées se solder par une clôture pour insuffisance d'actif⁴⁶⁷.

⁴⁶⁷ Le « Rapport sur le fonctionnement de la juridiction » (Tribunal de commerce de Bruxelles), Activités – année 2003, p. 11, fournit, pour rappel, les statistiques suivantes concernant la répartition des faillites selon le type de clôtures : défaut d'actif 45% ; liquidation 42% ; insuffisance d'actif 13% ; défaut de passif 0%. Le record battu par le défaut d'actif à répartir est éloquent surtout quand on sait que le sort des créanciers chirographaires reste aléatoire même s'il y a un actif à liquider à cause de la procédure d'ordre.

Ensuite, comme l'a souligné Christian MOULY⁴⁶⁸, elle conduit au renforcement de la vacuité des actifs, aspirés dès l'ouverture de la procédure par les multiples actions en revendication, vidés des créances données en garantie aux banques.

Le mal étant connu, on peut maintenant, au regard de tout ce qui vient d'être exposé, apprécier l'impact de la solution préconisée ci-dessus (aligner les propriétés – sûretés sur le régime des sûretés en cas de faillite ou liquidation des biens) sur le régime des faillites ou des liquidations des biens.

2°. Solution : normalisation des sûretés

C'est là un premier aspect de l'assainissement du droit des sûretés qui, comme on l'a mentionné ci-dessus, est vivement souhaité surtout en droit belge⁴⁶⁹. Car, comme le fait remarquer Christian MOULY, combattre l'abus des sûretés c'est d'abord les mettre au même régime⁴⁷⁰. C'est pour cette raison que nous avons proposé de soumettre la réserve de propriété et la cession de créance à titre de garantie, qui passent pour des véritables sûretés, au même régime que les autres sûretés, à la discipline collective en cas de faillite ou liquidation des biens.

Pareille harmonisation du régime juridique évitera, sinon limitera, a-t-on observé, l'insensible glissement des sûretés traditionnelles vers la propriété – sûreté⁴⁷¹. N'évitera-t-elle pas, au surplus, comme l'ont si bien souligné certains auteurs⁴⁷², qu'un créancier trop bien protégé et ayant donc la quasi-certitude d'être payé laisse s'aggraver une situation préjudiciable à l'entreprise et aux autres créanciers ?

Cette première normalisation du régime des sûretés a, en cas de faillite ou liquidation des biens, pour conséquence majeure d'éviter que les créanciers bénéficiaires des propriétés –

⁴⁶⁸ C. MOULY, « Procédures collectives : assainir le régime des sûretés », *loc. cit.*, p. 561.

⁴⁶⁹ V. Fr. T'KINT et W. DERIJCKE, « La directive 2002/47/CE concernant les contrats de garantie financière au regard des principes généraux du droit des sûretés », *loc. cit.*, p. 57.

⁴⁷⁰ C. MOULY, « Procédures collectives : assainir le régime des sûretés », *ibid.*, p. 561. L'auteur ajoute même que « pour cela, point n'est besoin d'une intervention du législateur ; la simple analyse correcte des faits et des concepts permet de qualifier de sûreté les techniques qui, reposant sur la propriété, ont la même finalité que les sûretés traditionnelles ». Nous pensons, à notre avis, que l'intervention du législateur s'impose pour ériger officiellement les propriétés – sûretés en véritables sûretés.

⁴⁷¹ *Idem*, p. 562.

⁴⁷² V. G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil. Les sûretés - la publicité foncière*, par Ph. JESTAZ, 2^{ème} éd., Paris, Sirey, 1987, n° 8, p. 11, cité par P. CROCQ, *op. cit.*, p. 273.

sûretés soient soustraits à la discipline collective, et donc échappent totalement à la loi du concours. Elle ne porte cependant pas atteinte à l'opposabilité des autres garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours lorsqu'évidemment les conditions de celle-ci sont réunies. Nul ne peut d'ailleurs soutenir que le droit des procédures collectives fasse exception à toutes les règles puisqu'une solution aussi perturbatrice serait incompatible avec la sécurité dans les relations juridiques⁴⁷³.

Si cette normalisation a le mérite de traiter indifféremment les bénéficiaires des propriétés – sûretés et les titulaires des sûretés dans ces procédures collectives, il sied de noter toutefois qu'elle n'améliorera pas considérablement ou du tout la situation des créanciers chirographaires qui, pour n'avoir pas garanti leurs créances, resteront sujets aux aléas de la procédure d'ordre, contrairement aux bénéficiaires des propriétés – sûretés qui ont des droits exclusifs les mettant à l'abri de tout concours avec d'autres créanciers⁴⁷⁴.

Cette évolution a également un impact sur le régime des sûretés. Nous l'exposons dans le point qui suit.

B. Son impact sur le régime des sûretés

Après avoir admis que les propriétés – sûretés constituent des véritables sûretés et vu qu'elles sont rangées, par une doctrine abondante, dans la catégorie des sûretés réelles, il sied maintenant de vérifier si les propriétés – sûretés s'insèrent harmonieusement dans cette dernière catégorie ou s'il convient, au contraire, d'instituer une nouvelle classification susceptible de prendre en considération la catégorie nouvelle des propriétés – sûretés.

⁴⁷³ V. Y. GUYON, « Le droit des contrats à l'épreuve du droit des procédures collectives », *loc. cit.*, p. 417.

⁴⁷⁴ Il va sans dire toutefois que les propriétés – sûretés, tout en conférant à leurs bénéficiaires une garantie supérieure aux sûretés réelles traditionnelles, restent incertaines, quant à leur efficacité, à raison de leur objet et des pouvoirs du débiteur sur celui-ci une fois la sûreté constituée (voir pour de plus amples informations, P. CROCQ, *op. cit.*, pp. 337 et s.).

1°. Les propriétés – sûretés face à la classification traditionnelle des sûretés

La propriété réservée et la cession de créance à titre de garantie constituent, aux yeux de plusieurs auteurs, des nouvelles sûretés réelles⁴⁷⁵. Ce point de vue n'est cependant pas partagé par M. CROCQ qui fait observer pertinemment que « la propriété – sûreté ne présente pas la caractéristique essentielle des sûretés réelles traditionnelles, le droit de préférence, et on ne peut donc la qualifier ainsi à peine de faire perdre son homogénéité à cette catégorie. (...) »⁴⁷⁶.

Cet auteur montre que la notion de préférence n'a pas de sens s'agissant du droit de propriété, dans la mesure où « elle suppose une hypothèse de concours de droits sur un même bien, car, de manière générale, être préféré suppose préalablement d'être en compétition avec un tiers (...) »⁴⁷⁷. Or, il n'y a pas de concours au sens retenu ci-dessus de « rencontre de prétentions contradictoires des créanciers sur un ou plusieurs biens du débiteur »⁴⁷⁸, car le caractère exclusif de la propriété – sûreté conduit à évincer les droits des autres créanciers sans même entrer en concours avec eux puisque le bien est sorti du patrimoine du débiteur⁴⁷⁹.

Il en résulte qu'il n'existe pas de préférence en matière de propriété et l'inaptitude de la propriété – sûreté à conférer un droit en concours mais préféré, à l'instar de la sûreté réelle traditionnelle ; elle ne confère seulement, a-t-on vu, qu'un droit exclusif, un droit qui exclut, par définition, l'idée même de concours et donc de préférence⁴⁸⁰. Les propriétés – sûretés sous examen diffèrent donc, à cet égard, des sûretés réelles traditionnelles.

Si l'on ne peut, au regard de nos développements précédents, refuser la qualification de sûreté aux propriétés – sûretés susmentionnées et si celles-ci ne peuvent aisément être assimilées aux sûretés réelles traditionnelles et encore moins aux sûretés personnelles faute d'engagement d'un tiers sur son patrimoine à rembourser la dette du débiteur défaillant, il faut alors procéder purement et simplement à une nouvelle classification des sûretés.

⁴⁷⁵ Voir notamment M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, 7^e éd., pp. 451 et 455 ; Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, 4^e éd., 2004, pp. 17 et s., qui rangent la propriété – sûreté dans la catégorie des sûretés réelles.

⁴⁷⁶ P. CROCQ, *op. cit.*, p. 251.

⁴⁷⁷ *Idem*, p. 254.

⁴⁷⁸ L. VINCENT, *J.T.*, 1968, n° 77, p. 757.

⁴⁷⁹ P. CROCQ, *ibid.*, p. 254.

⁴⁸⁰ *Idem*, p. 254.

2°. Les propriétés – sûretés : occasion d'établir une nouvelle classification des sûretés ?

La difficulté qu'il y a à ranger les propriétés – sûretés dans la catégorie des sûretés réelles ainsi que dans celle des sûretés personnelles justifie la nécessité d'enrichir la *summa divisio* par une nouvelle classification des sûretés qui regrouperait les propriétés – sûretés.

M. CABRILLAC, à l'occasion de l'examen des traits saillants de l'évolution du droit des sûretés, s'est d'ailleurs posé la question de savoir si le droit de demain consacrera officiellement « une troisième famille de sûretés contractuelles »⁴⁸¹, dans laquelle on retrouverait sûrement les propriétés – sûretés. Il a néanmoins exprimé un scepticisme, non moins fondé, quant à l'aboutissement de cette idée en faisant observer que « (...) le chauvinisme et le pragmatisme bricoleur qui, jusqu'ici, ont régné sur le droit des sûretés amenuisent les chances d'une réforme de cette ampleur. En ce domaine, le changement n'emprunte pas les grandes routes »⁴⁸².

Rien ne justifie pourtant cette attitude, en ce qui concerne la matière qui nous occupe, dans la mesure où l'examen antérieur de l'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours, et plus particulièrement celui des objections à leur opposabilité aux tiers, montre clairement que les propriétés – sûretés ne portent pas en soi atteinte à la protection des tiers ainsi qu'à celle du débiteur lui-même, a fortiori si elles sont encadrées par des règles claires et précises, comme ce sera le cas à l'occasion de leur insertion dans les régimes des faillites⁴⁸³ et des sûretés.

En outre, la soumission des bénéficiaires de ces propriétés – sûretés à la discipline collective⁴⁸⁴ ainsi que l'intégration de ces dernières dans le régime des sûretés ne portent pas, par ailleurs, en définitive, préjudice aux créanciers qui en bénéficient au regard des droits exclusifs leur reconnu sur les biens donnés en garantie par leurs débiteurs.

⁴⁸¹ M. CABRILLAC, « Les sûretés réelles entre vins nouveaux et vieilles outres », *loc. cit.*, p. 715.

⁴⁸² *Idem*, p. 714.

⁴⁸³ La réserve de propriété est, on l'a vu, largement réglementée par la loi belge sur les faillites et l'Acte uniforme OHADA sur les procédures collectives d'apurement du passif.

⁴⁸⁴ Cette soumission à la discipline collective limite, pour rappel, l'efficacité des propriétés – sûretés en imposant des conditions, relatives à l'existence du droit d'agir ou d'exercice de l'action en revendication, à leur mise en œuvre.

Il en résulte donc que les conséquences pratiques des profondes mutations théoriques qu'imposent les garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours sont limitées, ce qui exclut par conséquent toute crainte de s'engager sur la voie de leur assainissement.

En conclusion de cette section et de ce chapitre, il apparaît que seules la réserve de propriété et la cession de créance à titre de garantie méritent d'être assainies, car elles seules doivent être considérées comme des propriétés – sûretés et donc des véritables sûretés.

Les autres institutions (garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours), dont l'opposabilité aux tiers est de plus en plus admise en jurisprudence et consacrée par le législateur, ne sont que des simples garanties ; elles n'améliorent pas le sort des créanciers chirographaires, car elles échappent, malgré leur avantage pour ceux qui en bénéficient, à tout assainissement et partant à la discipline collective.

L'œuvre d'assainissement des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours, qui commande de qualifier de sûretés les propriétés – sûretés et de les aligner ainsi sur le régime des sûretés en cas de faillite ou liquidation des biens, n'aboutit cependant pas à l'amélioration de la situation des créanciers chirographaires, car elle n'améliore pas le rang de ces derniers, alors que les bénéficiaires des propriétés – sûretés se verront réserver un sort meilleur, même par rapport aux titulaires de certaines sûretés réelles, à cause de leur droit exclusif sur le bien donné en garantie.

Cette œuvre n'est, en outre, pas facile à réaliser. Certains auteurs ne manquent pas d'ailleurs d'exprimer leur scepticisme quant à ce. C'est ainsi que M. GRIMALDI, rejoignant *mutatis mutandis* le point de vue de M. CABRILLAC susmentionné, note, en répondant à la question de savoir si on ne devrait pas traiter la sûreté – propriété comme une sûreté, sans se laisser impressionner, abuser par le mot de propriété, agité comme un mode incantatoire, que la tâche n'est pas aisée, car il faut « (...) craindre que la pratique, celle des banques, y résisterait farouchement. Et le droit européen ne semble point aller dans ce sens, puisqu'un règlement du 29 mai 2000 et une directive de 6 juin 2002 sont venus conforter respectivement, d'une part la réserve de propriété, d'autre part la cession fiduciaires d'espèces ou d'instruments financiers »⁴⁸⁵.

⁴⁸⁵ M. GRIMALDI, « Réflexions sur les sûretés propriétés (à propos de la réserve de propriété) », *loc. cit.*, pp. 174-175.

Même si aucune amélioration de la situation des créanciers chirographaires n'est possible à ce niveau compte tenu de l'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours de plus en plus assise et du meilleur rang que devraient occuper les créanciers titulaires de propriétés – sûretés par rapport aux créanciers chirographaires, il demeure, à notre avis, impérieux d'assainir ces garanties compte tenu de leurs effets et de leur importance en vue de normaliser le régime des sûretés.

L'amélioration du sort des créanciers chirographaires en cas de faillite ou liquidation des biens ne résultera-t-elle pas peut-être d'une œuvre plus ambitieuse qui complétera l'assainissement que nous venons d'esquisser par celui de tout le régime des sûretés ? Ou bien doit-on constater que la mission est impossible ici aussi et proposer alors purement et simplement, en appui à ces assainissements, une instauration d'une part réservataire pour les créanciers chirographaires ? C'est à ces questions que nous allons répondre dans les lignes qui suivent.

Chapitre II. ASSAINISSEMENT DU REGIME DES SURETES ET INSTAURATION D'UNE PART RESERVATAIRE POUR LES CREANCIERS CHIROGRAPHAIRES

On ne le dira jamais assez, les créanciers chirographaires passent, dans les procédures de faillite ou liquidation des biens, pour utiliser l'expression de Monsieur VASSEUR, pour « des témoins impuissants dont le sort est réglé en dehors d'eux »⁴⁸⁶. Et pour cause, leurs dividendes sont insuffisants, et souvent inexistant, au motif premier que les créanciers privilégiés ou titulaires de sûretés absorbent, avec les créanciers bénéficiaires de garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours, tout l'actif disponible.

Apparemment, la loi ne fait que prendre acte de cette situation, car, comme le relève l'auteur précité, « pour autant, une chose est une réalité que l'on constate, et dont on regrette qu'elle soit ce qu'elle est, en s'efforçant de mettre en œuvre les moyens de l'infléchir, une autre est d'officialiser cette réalité, en un aveu d'impuissance, si non en conséquence d'une véritable abdication »⁴⁸⁷. Tel est, à notre avis, l'esprit actuel des législations régissant les procédures collectives sous examen en ce qui concerne le sort des créanciers ordinaires, alors que la protection de ces derniers est vitale aussi dans la mesure où ils font bien davantage crédit au débiteur en n'exigeant de lui aucune garantie⁴⁸⁸.

Dans la recherche nécessaire et difficile de l'équilibre entre les intérêts de l'entreprise et ceux de ses créanciers en vue de tenir compte de la situation des créanciers chirographaires, il s'avère indispensable que le législateur évite de porter atteinte de façon anormale et inutile aux droits des sûretés ; de « traquer » les sûretés⁴⁸⁹, et ce pour l'intérêt des entreprises et partant pour l'économie⁴⁹⁰.

⁴⁸⁶ M. VASSEUR, « Le crédit menacé. Brèves réflexions sur la nouvelle législation relative aux entreprises en difficulté », *JCP*, 1985, I, 3186, n° 7.

⁴⁸⁷ *Idem*, n° 7.

⁴⁸⁸ V. M. BELLAMY, « Malaise et déséquilibre du droit du crédit en France », *loc. cit.*, n° 1.

⁴⁸⁹ Voir, sur cette question, la célèbre mise en garde de L. MARTIN, « Sûretés traquées : crédit détraqué », *Banque*, 1975, n° 341.

⁴⁹⁰ A. CERLES, « La propriété, nouvelle reine des sûretés ? », *loc. cit.*, p. 42. M. VASSEUR, « Le crédit menacé. Brèves réflexions sur la nouvelle législation relative aux entreprises en difficulté », *loc. cit.*, n° 12, abondait aussi dans le même sens lorsqu'il notait que « ...le crédit est une nécessité de la vie économique des sociétés industrialisées de l'Occident – j'ajouterai aussi des sociétés africaines qui aspirent à l'industrialisation – et de son développement par l'effet d'anticipation qu'il permet de réaliser et que, dans une économie qui veut – dit-on – demeurer [devenir] une économie de marché, le crédit ne peut être contraint ».

Il a d'ailleurs été noté pertinemment, dans une étude relative à l'Acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés, que la sécurité juridique, à garantir aux agents économiques régionaux et étrangers qui opèrent dans l'espace africain, « suppose non seulement un droit objectif accessible, facile à connaître, comme l'est en principe un droit refondu et harmonisé, mais aussi des droits subjectifs sécurisés, donc, pour les créances, des garanties de paiement, des sûretés... »⁴⁹¹ et souligné, à juste titre, que « l'organisation d'un système de sûretés doit permettre aux agents de l'activité économique de trouver du crédit »⁴⁹².

La question suivante, posée par MM. T'KINT et DERIJCKE⁴⁹³, n'est dès lors point sans intérêt : Faut-il bouleverser cette perspective, en vue d'améliorer le sort des créanciers chirographaires, au moment où s'ouvre une procédure d'insolvabilité, c'est-à-dire au moment où ces sûretés devraient montrer leur pleine utilité ?

Elle n'est pas en tout cas sans intérêt surtout à ce stade où l'on sait combien l'inefficacité des sûretés réelles a conduit les créanciers – en premier les établissements de crédit – à rechercher dans la propriété une nouvelle sécurité pour leurs opérations, phénomène qui, rappelons-le, perturbe le régime des sûretés et aggrave le sort de certains créanciers, notamment les créanciers ordinaires.

Elle ne manque pas d'augurer par ailleurs que l'assainissement du régime des sûretés doit se faire avec prudence, avec des pincettes, qu'il constitue une tâche non moins difficile et que l'amélioration du sort des créanciers chirographaires par cette voie est loin d'être aisée. En témoigne d'ailleurs, si besoin en est encore, le caractère conflictuel, trait consubstantiel au droit des sûretés réelles, qui est allé, fait-on remarquer, s'exacerbant au fil du siècle qui vient de s'écouler : la hiérarchie a été maintes fois réaménagée sans plan d'ensemble et par touches ponctuelles, occasionnant ainsi une inflation des sûretés unanimement déplorée par la doctrine et dont on aurait pu faire l'économie⁴⁹⁴. Un auteur fustigeant cette situation a même dit que « la guerre des sûretés s'active, par législateur et tribunaux interposés »⁴⁹⁵.

⁴⁹¹ M. GRIMALDI, « L'Acte uniforme portant organisation des sûretés », *loc. cit.*, p. 30.

⁴⁹² Fr. T'KINT et W. DERIJCKE, « Sûretés et procédures collectives : étude de droit comparé. Les créanciers hypothécaires et gagiste comme « séparatistes » en droit néerlandais vs. l'approche française », *loc. cit.*, p. 523.

⁴⁹³ *Idem*, p. 523.

⁴⁹⁴ Dans ce sens, M. CABRILLAC, « Les sûretés réelles entre vins nouveaux et vieilles outres », *loc. cit.*, p. 710.

⁴⁹⁵ C. MOULY, « Procédures collectives : assainir le régime des sûretés », *loc. cit.*, p. 531. Il suffit, pour s'en rendre compte, de penser, par exemple, aux privilèges dont l'édition est un « un choix (qui) par lui-même révèle une société... Au sens premier du terme, les privilèges sont politiques ». Les motifs de ce choix sont, on l'a indiqué ci-dessus, divers (L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, « De l'application stricte des privilèges », *loc. cit.*, p.

Quoi qu'il en soit, un réexamen des causes de préférence et un assainissement des règles et pratiques s'imposent en la matière. Toute la question étant toutefois de savoir si l'assainissement des sûretés aura l'avantage, complémentaire et naturel, d'améliorer le sort des créanciers ordinaires.

On peut d'emblée en être sceptique pour les raisons susmentionnées. D'où la question de savoir alors s'il ne faudrait pas instaurer carrément, en plus de cet assainissement, une part réservataire pour ces créanciers en vue d'aboutir à une amélioration directe de leur sort.

Celle-ci passerait assurément, à notre avis, par cette voie, même s'il faudrait encore en mesurer la faisabilité en tenant compte de tous les intérêts en présence et en vérifiant notamment, en plus de son opportunité, si elle ne menacerait pas le système des sûretés.

On examinera ainsi successivement les possibilités d'assainir le régime des sûretés (section I) et d'instaurer une part réservataire pour les créanciers chirographaires (section II).

Section I. De l'assainissement du régime des sûretés en droits belge et uniforme OHADA

Cette étude a pour objectif principal de vérifier si l'assainissement du régime des sûretés, qui commande de faire l'économie des dispositions qui ne sont plus adéquates et ne répondent plus au besoin de leur adoption, peut améliorer la situation des créanciers chirographaires en cas de faillite ou liquidation des biens.

Elle offre l'occasion de se rendre compte de la nécessité de cet assainissement en droit belge surtout au regard de réponses qu'il apportera aux multiples cas de conflits de rang opposant souvent, dans les procédures collectives sous examen, les différents bénéficiaires de sûretés.

La clarification de la situation des différents créanciers qui s'en suit non seulement allège la tâche des organes chargés de la liquidation des biens du débiteur, mais aussi et surtout favorise, par voie de conséquence, la liquidation rapide du patrimoine de ce dernier. Elle profite ainsi à tous les créanciers qui ont, on s'en doute, intérêt à ce que la procédure de liquidation soit menée rapidement.

14). Il va dès lors de soi qu'il appartient au législateur seul de les limiter, ce qui n'est pas facile, on le verra, compte tenu des enjeux surtout politiques et sociaux qui sont derrière les privilèges.

En rapport avec la question qui nous occupe ici, il y a lieu de penser d'emblée que cet assainissement, qui profite à tous les créanciers qui ont, on le sait, intérêt à ce que la procédure de liquidation soit menée rapidement, n'améliorera pas malheureusement directement le sort des créanciers chirographaires, qui continueront à occuper le dernier rang dans le classement des créanciers. Leur paiement demeurera donc incertain malgré cet assainissement.

Pour mener à bien cette étude, nous allons dresser un panorama du régime des sûretés en droit belge et uniforme OHADA (§1) en vue de donner une vue d'ensemble de la matière ici et là, de mieux comprendre les deux ordres juridiques, de percevoir les points de convergence et de divergence et de voir ce qui mérite d'être changé. Ce panorama sera suivi par une présentation des pistes d'assainissement aussi bien en droit belge qu'en droit uniforme OHADA et de l'appréciation de leur impact sur le sort des créanciers ordinaires en cas de faillite ou liquidation des biens (§2).

§1. Panorama des régimes belge et uniforme OHADA des sûretés

Dans le but de mettre en évidence les grandes lignes de ces deux ordres juridiques, nous examinerons conjointement les dispositions du Code civil belge relatives aux sûretés ainsi que celles de l'Acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés. Cette étude débutera ainsi par un exposé de la typologie des sûretés (A), qui sera suivi de commentaires des principes généraux régissant les sûretés (B) et des spécificités de l'Acte uniforme précité par rapport aux dispositions du Code civil belge relatives aux sûretés (C).

A. Typologie des sûretés

Trois des titres du Livre III du Code civil belge forment le siège de la matière en droit belge : le titre XIV : Du cautionnement, le titre XVII : Du nantissement, le titre XVIII : Des privilèges et hypothèques. Il en résulte que le titre XIV gouverne la seule sûreté personnelle spécifiquement réglementée dans ce Code civil et que les deux autres titres (XVII et XVIII) se réfèrent aux sûretés réelles.

Dans son introduction sur les réflexions sur les dispositions du Code civil relatives aux sûretés, Mme MOREAU-MARGREVE avait pertinemment proposé une réforme de structure du Code civil qui commande que le nantissement soit accouplé aux privilèges et hypothèques dans un sous-titre unique intitulé : Des sûretés réelles ; qu'un autre sous-titre soit consacré aux sûretés personnelles ; les deux sous-titres étant réunis dans le titre réservé aux sûretés⁴⁹⁶.

L'Acte uniforme précité offre, pour sa part, une typologie des sûretés qui présente, comme on le verra ci-dessous, l'avantage d'être simple, claire et complète. Il est, en effet, subdivisé comme suit : Titre I : Sûretés personnelles, Titre II : Sûretés mobilières, Titre III : Hypothèques, Titre IV : Distribution et classement des sûretés et Titre V : Dispositions finales.

Sa structure se distingue ainsi, pour l'essentiel, de celle proposée par Mme MOREAU-MARGREVE par ce titre IV, dont l'importance n'est plus à démontrer dans les procédures collectives sous examen et englobe la subdivision actuelle du Code civil belge ci-dessus présentée. Nous nous fonderons pour cela sur la structure de cet Acte uniforme pour commenter le régime des sûretés dans ces deux ordres juridiques.

1°. Examen proprement dit de la typologie des sûretés

La typologie retenue par l'Acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés constituera notre plan. Elle nous permettra de mieux comparer les dispositions de cet Acte uniforme avec celles du Code civil belge relatives aux sûretés et de faire une synthèse des régimes belge et uniforme OHADA des sûretés.

Il sied d'indiquer, avant d'entamer cette étude, que la compréhension de certaines solutions consacrées par cet Acte uniforme nous amènera à recourir, par moment, au droit français, qui a inspiré, pour l'essentiel, le droit OHADA des sûretés porté par l'Acte uniforme précité⁴⁹⁷.

a) Les sûretés personnelles

⁴⁹⁶ I. MOREAU-MARGREVE, « Faut-il réviser les dispositions du Code civil en matière de sûretés et dans l'affirmative, quelles seraient les grandes orientations d'une révision ? », *loc. cit.*, p. 594.

⁴⁹⁷ M. GRIMALDI a brillamment démontré cette inspiration du droit français dans son étude portant sur « L'Acte uniforme portant organisation des sûretés », *loc. cit.*, pp. 30 et s., spéc. 31-33.

Pour rappel, la sûreté personnelle est différente de la sûreté réelle par sa technique : elle ne soustrait à l’emprise de ses créanciers aucun élément du patrimoine du débiteur ; elle se situe en dehors du « gage commun » des créanciers, qu’elle n’entame pas ; elle ne porte donc pas atteinte aux droits des autres créanciers⁴⁹⁸. C’est pour cette raison d’ailleurs qu’elle ne sera pas largement développée ici non plus, notre objectif étant d’indiquer seulement les différences fondamentales entre le droit belge et le droit uniforme OHADA concernant l’organisation de ladite sûreté.

Le cautionnement constitue, en effet, aux yeux du législateur du Code civil belge, le prototype des sûretés personnelles⁴⁹⁹. Il passe pour l’exemple le plus classique de sûreté personnelle, la seule qui soit réglementée comme telle par la loi⁵⁰⁰. Seul donc le cautionnement fait l’objet d’une réglementation spécifique dans le Code civil belge ainsi que dans le Code civil français⁵⁰¹, les autres sûretés personnelles (la solidarité à titre de garantie, le cautionnement solidaire, l’aval, le crédit documentaire, la garantie indépendante, la lettre de patronage, ...) ne résultant que de l’imagination des praticiens⁵⁰².

L’Acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés réglemente, pour sa part, contrairement aux droits belge et français, dans un titre I, intitulé Sûretés personnelles, le cautionnement et la lettre de garantie⁵⁰³.

Deux idées force, qu’on peut retrouver en droit uniforme OHADA, traversent les droits belge et français en la matière⁵⁰⁴ : l’engagement d’une caution est accessoire par rapport à

⁴⁹⁸ V. Fr. T’KINT, *op. cit.*, p. 351.

⁴⁹⁹ I. MOREAU-MARGREVE, « Faut-il réviser les dispositions du Code civil en matière de sûretés et dans l’affirmative, quelles seraient les grandes orientations d’une révision ? », *loc. cit.*, pp. 594-595.

⁵⁰⁰ Fr. T’KINT, *ibid.*, p. 531.

⁵⁰¹ V. M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, 7^e éd., pp. 17 et s., spéc. p. 29, qui écrivent : « Parmi les techniques qui permettent au créancier de disposer d’un droit de créance supplémentaire contre un tiers qui n’est pas intéressé à la dette – et qui donc ne doit supporter aucune contribution définitive – le cautionnement a toujours été et est encore le modèle. Depuis sa conception véritable, en droit romain classique, dans la *fidejussio*, il a été presque toujours le seul étudié au titre des sûretés personnelles ». Ces auteurs ne s’écartent d’ailleurs pas de cette conception en décidant que « son étude sera (...) menée à titre principal, comme régime de base ».

⁵⁰² *Idem*, p. 351. Voir aussi, I. MOREAU-MARGREVE, « Evolution du droit et de la pratique en matière de sûretés », *loc. cit.*, pp. 84-85, qui précise que le cautionnement solidaire fait l’objet d’une réglementation dans le Code civil belge par un effet d’osmose et que l’aval fait l’objet de règles légales dans le Code de commerce et plus spécialement dans la législation de la lettre de change.

⁵⁰³ J. ISSA-SAYEGH, « Acte uniforme du 17 avril 1997 portant organisation des sûretés », *loc. cit.*, p. 624, note que « désormais, le pluriel se justifiera en matière de sûretés personnelles. A côté du cautionnement, la lettre de garantie à première demande est réglementée par un texte (pour la première fois en Afrique francophone à notre connaissance) ».

l'obligation garantie ; cet engagement s'explique par un service d'ami que rend une caution au débiteur garanti.

La première idée, relève-t-on, est véhiculée par les textes qui prévoient que l'étendue de la dette de la caution est limitée par celle du débiteur garanti (article 2013 du Code civil)⁵⁰⁵ et que la caution a en principe le droit – et même le devoir (article 2031 du Code civil) – d'invoquer les exceptions dont peut se prévaloir le débiteur garanti (articles 2012 et 2036 du Code civil)⁵⁰⁶.

La seconde idée est mise en œuvre dans les différents bénéfices dont jouit en principe la caution : le bénéfice de discussion (articles 2021 à 2024)⁵⁰⁷, le bénéfice de division s'il y a plusieurs cautions (articles 2025 et 2026 du Code civil à comparer avec l'article 2027 du Code civil)⁵⁰⁸ et le bénéfice de subrogation (article 2037 du Code civil)⁵⁰⁹ ; elle trouve également son illustration dans les recours préventifs reconnus dans diverses hypothèses à la caution contre le débiteur principal (articles 2032⁵¹⁰ et 2039⁵¹¹ du Code civil).

Les droits belge et français présentent également des ressemblances avec les dispositions de l'Acte Uniforme OHADA portant organisation des sûretés relatives aux qualités de la caution (articles 5 à 6 de cet Acte uniforme), au point qu'on a écrit que ces dispositions apparaissent comme la reprise, en des termes légèrement différents, des articles 2018 à 2020 du Code civil (belge et français)⁵¹².

⁵⁰⁴ Elles sont empruntées à I. MOREAU-MARGREVE, « Faut-il réviser les dispositions du Code civil en matière de sûretés et dans l'affirmative, quelles seraient les grandes orientations d'une révision ? », *loc. cit.*, p. 595.

⁵⁰⁵ A rapprocher de l'article 8, alinéa 1^{er}, de l'Acte uniforme OHADA sous examen qui prévoit que la garantie de la caution s'étend, à condition que cela résulte d'une mention manuscrite de sa part, à ce qui est dû par le débiteur, et ce, précise-t-il, en principal, aux accessoires de la dette et aux frais de recouvrement de la créance, même ceux postérieurs à la dénonciation faite à la caution, sans, toutefois, que cet engagement de la caution ne dépasse la somme maximale souscrite par lui.

⁵⁰⁶ A rapprocher de l'article 18, alinéa 1^{er}, de l'Acte uniforme OHADA précité.

⁵⁰⁷ A rapprocher de l'article 16 de l'Acte uniforme OHADA précité, qui prévoit non seulement que la caution judiciaire et la caution solidaire ne disposent pas du bénéfice de discussion (alinéa 1^{er}), mais aussi que la caution simple, à moins qu'elle ait expressément renoncé à ce bénéfice, peut, sur premières poursuites dirigées contre elle, exiger la discussion du débiteur principal ... (alinéa 2).

⁵⁰⁸ A rapprocher de l'article 17 de l'Acte uniforme OHADA susmentionné.

⁵⁰⁹ A rapprocher de l'article 20 de l'Acte uniforme OHADA précité.

⁵¹⁰ A rapprocher de l'article 24 de l'Acte uniforme OHADA sous examen.

⁵¹¹ A rapprocher de l'article 13, alinéa 3, de l'Acte uniforme OHADA susmentionné.

⁵¹² V. B. MARTOR, « Comparaison de deux sûretés personnelles : le cautionnement et la lettre de garantie », *Petites affiches*, n° 5, 2004, p. 22.

Ces différents points de convergence entre les dispositions du Code civil belge relatives aux sûretés et celles de l'Acte uniforme OHADA précité ne doivent point occulter certaines règles nouvelles consacrées par ce dernier Acte uniforme et qui le distinguent ainsi du droit belge en la matière. Nous pouvons citer, notamment⁵¹³ :

- l'article 8 qui exige, à peine de nullité, pour protéger le consentement de la caution, que le cautionnement soit exprimé par écrit pour une somme déterminée et maximale en principal et accessoires de la dette garantie. L'acte constatant l'existence de la dette principale doit être joint au contrat de cautionnement. Il en est de même d'ailleurs pour le cautionnement de tous engagements, étant précisé que ce cautionnement peut être révoqué avant que le montant maximal de la garantie soit atteint, ou renouvelé dès qu'il l'est (article 9).
- L'article 4 prévu spécialement pour protéger le consentement de la caution illettrée.
- L'article 10 portant le principe selon lequel la caution est solidaire sauf stipulation contraire expresse.
- L'article 14 qui prévoit, pour éviter que la caution soit surprise par les incidents de paiement du fait du débiteur et ne puisse prendre les mesures conservatoires qui s'imposent pour préserver ses intérêts, que le créancier a, sous peine de perdre ses recours contre elle, l'obligation de l'informer de toute défaillance du débiteur, déchéance et prorogation du terme et de l'évolution du passif du débiteur garanti lorsque le cautionnement est général.

On relève également que les rédacteurs de l'Acte uniforme, instruits de la pratique contemporaine du cautionnement, ont distingué, à la différence des rédacteurs du Code civil, le cautionnement spécial, portant sur une dette déterminée (un prêt par exemple) et le cautionnement général portant sur l'ensemble des dettes du débiteur⁵¹⁴.

Il en résulte que la réglementation du cautionnement en droit uniforme OHADA, tout en apportant des innovations notables en la matière commandées par la pratique contemporaine et les réalités du milieu, s'inspire, pour l'essentiel, des dispositions du Code civil relatives aux sûretés.

⁵¹³ Ces règles nouvelles consacrées par le législateur OHADA sont citées par J. ISSA-SAYEGH, « Acte uniforme du 17 avril 1997 portant organisation des sûretés », *loc. cit.*, p.652.

⁵¹⁴ Voir pour de plus amples informations, B. MARTOR, « Comparaison de deux sûretés personnelles : le cautionnement et la lettre de garantie », *ibid.*, p. 23.

L'Acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés accroît, en outre, ses innovations, qui le démarquent des dispositions précitées, en réglementant aussi, contrairement à celles-ci, au titre portant sur les sûretés personnelles, la lettre de garantie. L'on estime qu'il constitue ainsi un système juridique novateur⁵¹⁵.

Encore appelée garantie indépendante, garantie autonome, garantie abstraite, garantie à première demande, garantie irrévocable, garantie inconditionnelle, garantie automatique⁵¹⁶, la lettre de garantie, instrument juridique dérivé tant de la pratique contractuelle que de la jurisprudence, est, en effet, définie par l'article 28 de l'Acte uniforme précité comme « *une convention par laquelle, à la requête ou sur instructions du donneur d'ordre, le garant s'engage à payer une somme déterminée au bénéficiaire, sur première demande de la part de ce dernier* » (alinéa 1^{er}). Le même article définit la lettre de contregarantie comme « *une convention par laquelle, à la requête ou sur instruction du donneur d'ordre ou du garant, le contregarant s'engage à payer une somme déterminée au garant, sur première demande de la part de ce dernier* » (alinéa 2).

Sous ces termes, estime-t-on, les rédacteurs de l'Acte uniforme ont donc entendu réglementer les garanties et contregaranties autonomes ou à première demande, qui ne font l'objet aussi bien en Belgique qu'en France que de règles jurisprudentielles⁵¹⁷.

b) Les sûretés mobilières

⁵¹⁵ V. B. MARTOR, « Comparaison de deux sûretés personnelles : le cautionnement et la lettre de garantie », *loc. cit.*, p. 25.

⁵¹⁶ V. I. MOREAU-MARGREVE, « Evolution du droit et de la pratique en matière de sûretés », *loc. cit.*, p. 156, B. MARTOR, « Comparaison de deux sûretés personnelles : le cautionnement et la lettre de garantie », *ibid.*, p. 25.

⁵¹⁷ V. B. MARTOR, « Comparaison de deux sûretés personnelles : le cautionnement et la lettre de garantie », *ibid.*, pp. 25-26, qui précise, en outre, que l'Acte uniforme s'avère profondément innovant de par sa volonté de créer un cadre légal spécifique applicable aux lettres de garantie et de contregarantie qui constituent des instruments très utiles dans le commerce international et que ses dispositions régissant la lettre de garantie sont largement inspirées de la définition de la garantie à première demande dans les Règles uniformes relatives aux garanties sur demande (RUGD) élaborées par la Chambre de commerce internationale (CCI). Voir aussi, Fr. T'KINT, *op. cit.*, pp. 406-407, qui relève non seulement que la Cour de cassation française a consacré la spécificité de la lettre de garantie par deux arrêts du 20 décembre 1982, prononcés dans la même espèce (cass. fr. [com.], 20 décembre 1982, *Bull. civ.*, IV, n° 427 ; *D.*, 1983, p. 365 [1^{re} esp.] et obs. M. VASSEUR ; *Gaz. Pal.*, 29-31 mai 1983 ; *RTD com.*, 1983, p. 446, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIE), en qualifiant l'engagement de « garantie autonome », mais aussi qu'il n'existe guère de législation nationale, en Belgique ou à l'étranger, qui réglemente la garantie indépendante. M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, 7^e éd., pp. 332 à 333, souligne aussi, à l'instar de l'auteur précité, l'absence durable de toute disposition légale en la matière tout en mentionnant cette position de la jurisprudence française.

L'Acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés régit, de manière simple et claire, dans un titre II, intitulé Sûretés mobilières, le droit de rétention, le gage, les nantissements sans dépossession (au nombre de cinq⁵¹⁸) et les privilèges, généraux (au nombre de cinq⁵¹⁹) ou spéciaux (au nombre de sept⁵²⁰).

Il se distingue ainsi, comme on le remarquera, du droit belge, tout comme d'ailleurs du droit français, par la consécration du droit de rétention comme véritable sûreté et la suppression de l'antichrèse. L'examen ci-dessous du droit belge fera apparaître d'autres points de divergence.

Cette matière se veut, on s'en doute, vaste, complexe et compliquée en droits belge et français. La réglementation étant ici éparpillée, c'est à la doctrine qu'est revenue la tâche de la systématiser, chose qui n'est point aisée évidemment.

En effet, le nantissement constitue aussi bien en droit belge qu'en droit français un terme générique embrassant un ensemble constitué par le gage, sûreté mobilière, et l'antichrèse, sûreté immobilière (article 2072 du Code civil)⁵²¹. Le droit uniforme OHADA a, pour rappel, fait l'économie de l'antichrèse, qui est tombé d'ailleurs en désuétude en droits belge et français⁵²². Dans la catégorie de gage, il existe ici⁵²³ et là⁵²⁴ diverses formes de gage sans dépossession.

Le Code civil belge régit le gage aux articles 2073 à 2084. Mais, aux termes mêmes de l'article 2084, ces dispositions ne sont pas applicables aux « affaires de commerce ». C'est dans un autre texte qu'il faut chercher la réglementation propre au gage commercial : dans la loi belge du 5 mai 1872, insérée sous le titre VI du livre I du Code de commerce.

⁵¹⁸ L'article 63 de cet Acte uniforme vise les droits d'associés et valeurs mobilières, le fonds de commerce, le matériel professionnel, les véhicules automobiles, les stocks de matières premières et de marchandises.

⁵¹⁹ Ces privilèges sont, dans l'ordre de priorité (article 107) : 1) le privilège des frais d'inhumation et de dernière maladie ; 2) le privilège des fournitures de subsistance ; 3) le privilège des salaires ; 4) le privilège des redevances de la propriété intellectuelle ; 5) le privilège des créances fiscales, douanières et sociales (sous condition de publication, au-delà d'un certain montant : article 108).

⁵²⁰ Ce sont : 1) le privilège du vendeur de meuble (article 110) ; 2) le privilège du bailleur d'immeuble (article 111) ; le privilège du transporteur (article 112) ; le privilège du travailleur d'un exécutant d'ouvrage à domicile (article 113) ; 5) le privilège du travailleur et du fournisseur d'entreprise de travaux (article 114) ; 6) le privilège du commissionnaire (article 115) ; 7) le privilège du conservateur (article 116).

⁵²¹ V. M. CABRILLAC et C. MOULY, *ibid.*, p. 432 ; Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 126.

⁵²² M. CABRILLAC et C. MOULY, *ibid.*, p. 674 ; Fr. T'KINT, *ibid.*, 2004, p. 126.

⁵²³ On peut citer notamment, pour la France le nantissement du fonds de commerce, des biens d'équipement professionnel, ...

⁵²⁴ Ils sont au nombre de deux : le gage sur fonds de commerce et le privilège du prêteur agricole, qui est, observe-t-on, plus un gage qu'un privilège (Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 114).

L'article 1^{er} de cette loi permet, en effet, de distinguer – contrairement au droit uniforme OHADA qui réglemente le gage indistinctement, quelle que soit la nature de la dette garantie – le gage commercial et le gage civil en fonction de la nature de la dette qui détermine ici le caractère civil ou commercial du gage et partant l'application des règles différentes⁵²⁵.

Force est de constater, en outre, ici, à la différence du droit uniforme OHADA qui en a fait l'économie en ne réglementant que le gage et en ne retenant que les seuls nantissements sans dépossession susmentionnés, l'existence d'autres variétés de gage imaginées par le législateur pour répondre aux nécessités économiques et aux besoins de la vie des affaires, qui ne pouvaient se satisfaire du seul gage commercial « classique »⁵²⁶.

Il sied de faire observer enfin que le droit belge se caractérise, contrairement au droit uniforme OHADA, qui connaît des formes diverses de nantissement sans dépossession, dont l'utilité est incontestable, par une pauvreté en matière de gage sans dépossession.

Une économie de ces réglementations diverses en la matière permettrait pourtant de distinguer clairement le gage « classique » de gages sans dépossession en faisant rentrer dans cette dernière catégorie les diverses formes de gage qui s'en rapprochent par la technique et les effets portés par les législations disparates.

Au niveau de privilèges, on peut également constater des différences notables entre le droit uniforme OHADA et le droit belge.

On a ici aussi comme là, à l'instar de la France, des privilèges qui portent tantôt sur un ensemble de biens, voire sur tout le patrimoine du débiteur (ce sont les privilèges généraux), tantôt sur un ou plusieurs biens déterminés (ce sont les privilèges spéciaux). L'on a ainsi dans

⁵²⁵ Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 128, qui précise, en outre, que c'est dans le chef du débiteur qu'il faut apprécier la nature – civile ou commerciale – de l'obligation, quelle que soit la qualité du créancier.

⁵²⁶ Ce sont notamment : le warrant de marchandises créé par la loi du 18 novembre 1862 pour encourager les opérations sur marchandises ; le gage sur fonds de commerce et l'endossement de la facture à titre pignoratif réglés par la loi du 25 octobre 1919, modifiée notamment par l'arrêté royal n° 282 du 30 mars 1936 et la loi du 31 mars 1958 ; l'endossement à titre pignoratif d'un effet de commerce régi par l'article 19 des lois sur la lettre de change et le billet à ordre, qui forment le livre VIII du livre 1^{er} du Code de commerce.

les sûretés mobilières, le gage et certains⁵²⁷ privilèges (les privilèges généraux sur meubles et les privilèges spéciaux sur meubles).

On peut d'abord remarquer l'existence, en droit belge, de deux privilèges sur meubles et immeubles. Ce sont le privilège des frais de justice⁵²⁸ (articles 17 et 19, 1^o, de la loi hypothécaire) et le privilège de l'assureur sur la chose assurée (articles 23 de la loi du 11 juin 1874, formant le nouveau titre X du livre I^{er} du Code de commerce consacré aux assurances en général, et 60 de la loi du 25 juin 1992 relative au contrat d'assurance terrestre).

Vient ensuite le cortège des privilèges généraux sur meubles énumérés, dans l'ordre de leur rang, par l'article 19 de la loi hypothécaire. Mais il en existe d'autres, non moins importants, créés par des lois particulières, spécialement par la loi fiscale. En un mot, les privilèges généraux sur meubles sont ici légions au point qu'on a écrit que cet article 19 de la loi hypothécaire « est devenu, par une suite d'additions, l'un des plus informes du droit civil »⁵²⁹.

Rappelons qu'ils peuvent être classés, pour ne pas les citer tous, de la manière suivante⁵³⁰ : les privilèges justifiés par un souci d'humanité à l'égard du débiteur (article 19, 2^o, 3^o et 5^o) ou de protection du travail (article 19, 3^obis, 4^o, alinéa 2, et 4^obis, alinéa 1^{er}) ; les privilèges justifiés par l'idée de solidarité sociale (article 19, 4^o, alinéa 1^{er}, 4^obis, alinéa 2, et 19, 4^oter et s.) ; les privilèges du fisc, créés par des lois particulières.

L'article 20 de la loi hypothécaire énumère enfin la plupart des privilèges spéciaux sur meubles. Son ordre d'énumération ne règle cependant pas leur rang, cette tâche étant dévolue aux articles 21 et suivants de la loi précitée.

Leur fondement conduit à distinguer, compte tenu de l'ampleur de la matière ici aussi, deux groupes principaux⁵³¹ : le groupe des privilèges traditionnellement justifiés par l'idée de gage

⁵²⁷ Car il existe encore en droits belge et français, à la différence du droit uniforme OHADA, des privilèges spéciaux sur immeubles, qui sont des sûretés immobilières.

⁵²⁸ Dont on a, en tout cas, de la peine à dire, au regard de sa vocation à s'étendre à tout le patrimoine du débiteur et du fait de son assiette qui peut se limiter à tel ou tel bien, s'il constitue un privilège général ou spécial (voir Fr. T'KINT, *op. cit.*, pp. 193-194, qui demeure nuancé quant à ce). Le droit OHADA tranche en l'inscrivant dans les sûretés mobilières et en distinguant selon qu'ils ont été engagés pour la réalisation des biens meubles ou immeubles.

⁵²⁹ V. R. DEKKERS, t. II, n^o 1510, p. 878, cité par Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 200.

⁵³⁰ Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 200.

⁵³¹ Fr. T'KINT, *op. cit.*, pp. 219 et s.

(au nombre de quatre⁵³²) et celui des privilèges justifiés par une idée de plus-value (au nombre de quatre⁵³³). On a, en outre, à côté de ces deux groupes, d'autres privilèges spéciaux sur meubles difficilement classables⁵³⁴.

c) Les hypothèques

L'Acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés régit, dans un titre III, intitulé Hypothèques, toutes les hypothèques, conventionnelles, légales (au nombre de six⁵³⁵) ou judiciaires.

Il résulte de ce titre III ce qui suit :

- les hypothèques conventionnelles (articles 126 à 131) constituent le droit commun des hypothèques, sous réserve des dispositions propres aux hypothèques forcées (article 118) ;
- les hypothèques forcées légales remplacent les privilèges immobiliers spéciaux (encore réglementés en droits belge et français) ;
- l'Acte uniforme ne régit que les seules hypothèques forcées pouvant avoir trait au droit des affaires, les autres hypothèques forcées relevant du droit de la famille ou de la comptabilité publique étant abandonnées à la souveraineté de chaque Etat⁵³⁶ ;
- l'hypothèque forcée judiciaire est maintenue (articles 136 à 144) et conçue comme une saisie conservatoire pratiquée sur un ou des immeubles.

⁵³² Ce sont : le privilège du bailleur d'immeuble (article 20, 1°, de la loi hypothécaire, modifié par la loi du 7 mars 1929) ; du transporteur (article 20, 7°) ; de l'hôtelier (article 20, 6°) ; du commissionnaire (article 14 de la loi du 5 mai 1872).

⁵³³ Ce sont : le privilège du vendeur d'effets mobiliers (article 20, 5°, de la loi hypothécaire) ; des frais de conservation (article 20, 4°) ; des frais de la récolte, de la vente ou entretien des « ustensiles » servant à une exploitation agricole (article 20, 2°) ; les privilèges des travailleurs, sous-traitants et fournisseurs (article 20, 12°).

⁵³⁴ V. Fr. T'KINT, *ibid.*, pp. 274 et s., qui cite entre autres : le privilège de la victime d'un accident sur l'indemnité d'assurance (article 20, 9°) ; les privilèges destinés à garantir l'exécution d'obligation de nature professionnelle, notamment le privilège sur le « cautionnement » de certains fonctionnaires (article 20, 8°) ; le privilège de la victime sur les « valeurs représentatives des provisions et réserves techniques » de l'assureur (article 18, alinéa 1^{er}, de la loi du 9 juillet 1975 relative au contrôle des entreprises d'assurances) ; le privilège de la victime d'un accident du travail (article 20, 10°, modifié par l'article 102 de la loi du 10 avril 1971 sur la réparation des accidents du travail).

⁵³⁵ Ce sont : 1) l'hypothèque légale de la masse (article 133) ; 2) l'hypothèque légale du vendeur d'immeuble (article 134) ; 3) l'hypothèque légale du copartageant (article 134) ; 4) l'hypothèque légale des architectes et entrepreneurs (article 135) ; 5) l'hypothèque légale du prêteur de deniers à l'acquéreur ou au copartageant (article 134, alinéa 4), ou encore au maître de l'ouvrage (article 135, alinéa 3).

⁵³⁶ Voir J. ISSA-SAYEGH, « Acte uniforme du 17 avril 1997 portant organisation des sûretés », *loc. cit.*, p. 669.

Le droit belge, en revanche, à l'instar du droit français, connaît, au titre de sûretés immobilières, les hypothèques et les privilèges spéciaux sur immeubles.

En effet, hormis le cas de l'hypothèque maritime⁵³⁷, seuls les immeubles sont susceptibles d'hypothèque (articles 41 et 45 de la loi hypothécaire).

Il existe en droit belge deux sortes d'hypothèques⁵³⁸ : les hypothèques légales⁵³⁹ et les hypothèques conventionnelles. Ces dernières, qu'on peut rapprocher de l'hypothèque testamentaire (article 44, alinéa 3, de la loi hypothécaire), constituent ici aussi le droit commun en la matière⁵⁴⁰.

Les droits belge et français⁵⁴¹ connaissent, contrairement au droit uniforme OHADA qui en ont fait l'économie, plusieurs sortes des privilèges spéciaux sur immeubles. L'article 27 de la loi hypothécaire énumère, en effet, six privilèges immobiliers spéciaux⁵⁴².

d) Les règles relatives à la distribution et au classement des sûretés

⁵³⁷ Il n'existe pas d'hypothèque mobilière en droit uniforme OHADA. Par contre le droit français connaît trois sortes d'hypothèques mobilières : les hypothèques maritime, fluviale et aérienne (M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, 7^e éd., p. 435).

⁵³⁸ Contrairement au droit français qui organise, à l'instar du droit uniforme OHADA, trois espèces d'hypothèques : les hypothèques légales, judiciaires et conventionnelles (M. CABRILLAC et C. MOULY, *ibid.*, p. 434).

⁵³⁹ Ce sont : l'hypothèque des mineurs et interdits sur les biens de leur tuteur et celle de l'Etat, des provinces, des communes et des établissements publics sur les biens des receveurs et administrateurs comptables (article 47 de la loi hypothécaire) ; les hypothèques légales du Trésor créées par plusieurs lois fiscales (notamment, l'hypothèque légale du receveur des impôts sur les revenus (articles 425 à 432 du Code des impôts sur le revenu), l'hypothèque légale du receveur des droits de succession (article 84, alinéa 2, du Code de succession) ; les hypothèques légales prévues par des lois particulières (l'hypothèque légale de la masse faillie (article 57, alinéa 3, de la loi sur les faillites), l'hypothèque légale accordée par l'article 101 de la loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d'aide sociale sur les biens du bénéficiaire).

⁵⁴⁰ Fr. T'KINT, *op. cit.*, pp. 293 et s.

⁵⁴¹ On peut citer : le privilège du vendeur d'immeuble, le privilège du prêteur de deniers pour une acquisition immobilière, le privilège du syndicat des copropriétaires, le privilège du titulaire d'un contrat de location-accession, le privilège du copartageant, le privilège des architectes et entrepreneurs, le privilège de la séparation des patrimoines (voir M. CABRILLAC et C. MOULY, *ibid.*, pp. 631 et s.).

⁵⁴² Ce sont : 1) le privilège du vendeur d'immeuble (article 27, 1^o) ; 2) le privilège du copermutant (article 27, 2^o) ; 3) le privilège du donateur (article 27, 3^o) ; 4) le privilège du copartageant (article 27, 4^o) ; 5) le privilège des architecte, entrepreneur et ouvrier (article 27, 5^o) ; le privilège de l'Etat, sur les sites charbonniers à assainir, à concurrence des frais déboursés par lui à l'occasion des travaux d'assainissement effectués conformément à l'article 4 de l'arrêté royal du 18 avril 1967 sur l'assainissement des sites charbonniers désaffectés (article 27, 6^o). Ce dernier privilège (6^o) est aujourd'hui abrogé, en ce qui concerne la Région wallonne par la loi du 27 juin 1978, article 17.

L'Acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés régit, dans un titre IV, intitulé Distribution et classement des sûretés, l'ordre des sûretés, d'abord sur immeubles (article 148), puis sur meubles (article 149)⁵⁴³.

Ce classement des sûretés, qui se veut simple et clair et qui solutionne plusieurs situations de conflits entre sûretés, est, en revanche, difficile à établir en droit belge. Ici, le classement des sûretés reste particulièrement complexe et confus, même pour les esprits les plus éclairés⁵⁴⁴ au point qu'il faut faire une gymnastique périlleuse et longue pour trouver des solutions aux multiples conflits entre les diverses sûretés. Il ne saurait, en tout cas, en être autrement au regard de l'ampleur de la matière et de la dispersion des textes y applicables.

Certaines dispositions disparates déterminent, cependant, l'ordre de classement de certaines sûretés en droit belge. L'on peut penser, à titre d'exemple, à l'article 19 de la loi hypothécaire, qui énonce les privilèges généraux sur meubles dans l'ordre de leur rang et qui, compte tenu du fait que les privilèges qu'il porte grèvent aussi les immeubles du débiteur mais seulement en cas d'insuffisance du patrimoine mobilier, prévoit que ses privilèges sont primés, sur les immeubles, par les hypothèques et les privilèges spéciaux sur immeubles ; aux articles 21 et suivants de la même loi, qui énoncent le rang des privilèges spéciaux sur meubles en cas de concours entre eux ; aux articles 25 et 26, qui prévoient que les privilèges généraux sont primés, sauf dérogations mineures, par les privilèges spéciaux (auxquels le législateur assimile les diverses formes de gage) ; au fait que les privilèges prévus en faveur du fisc par la législation fiscale ont tous même rang, lequel se situe immédiatement après les privilèges de l'article 19 (à l'exception du privilège attaché à la créance de précompte professionnel, qui est mieux placé : il a rang égal à celui du privilège reconnu à l'Office national de sécurité sociale, pour les cotisations dues par l'employeur, par l'article 19, 4^oter)⁵⁴⁵.

Bref, la clarté dans le classement des sûretés est, on le sait, importante surtout en cas de concours découlant de la faillite ou liquidation des biens. Elle profite, en effet, à tous les créanciers qui ont intérêt à être fixé sur leur sort le plus rapidement possible. L'effort du législateur OHADA en ce domaine mérite donc d'être salué.

⁵⁴³ Son titre V, intitulé Dispositions finales, rappelle la supériorité de la loi uniforme sur les législations nationales et détermine son domaine d'application dans le temps.

⁵⁴⁴ Dans ce sens, J. ISSA-SAYEGH, « Acte uniforme du 17 avril 1997 portant organisation des sûretés », *loc. cit.*, p. 682.

⁵⁴⁵ Voir, pour ce dernier cas, Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 215.

En conclusion à cette typologie des sûretés, il apparaît que le droit belge⁵⁴⁶ est, à la différence du droit uniforme OHADA, particulièrement caractérisé par une efflorescence et dispersion des sûretés tant mobilières⁵⁴⁷ qu'immobilières et par une réglementation complexe et parfois confuse du classement des sûretés. Pareille situation est, on s'en doute, particulièrement nuisible aux créanciers chirographaires et à la rapidité des procédures collectives sous examen.

Ceci étant, nous pouvons maintenant tirer les leçons de ce survol de la typologie des sûretés dans les ordres juridiques que nous étudions.

2°. Enseignements de la typologie des sûretés

Nos considérations précédentes laissent apparaître que les droits belge et uniforme OHADA relatifs aux sûretés sont caractérisés par une diversité des sûretés mobilières⁵⁴⁸, d'une part, et, de l'autre, par l'absence des propriétés – sûretés⁵⁴⁹.

Des différences notables entre ces deux ordres juridiques méritent néanmoins d'être soulignées⁵⁵⁰ : à la différence du droit belge, le droit uniforme OHADA range le droit de rétention parmi les sûretés et ne le prévoit qu'en matière mobilière ; les nantissements sans dépossession sont ici plus nombreux qu'en droit belge, et il en est un – le nantissement des stocks (articles 100 à 105) – que le droit belge ne connaît pas, au moins en tant que tel ;

⁵⁴⁶ Le droit français n'échappe pas à ce constat. Il suffit de lire l'introduction à l'étude des sûretés réelles de M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, 7^e éd., p. 417, pour s'en rendre compte. Les auteurs y relèvent, en effet, que la catégorie des sûretés réelles est fort disparate, « car les sûretés présentent de profondes différences dans leurs origines, leurs aménagements techniques, leurs modalités de fonctionnement. Une catégorie dont, par ailleurs, les contours, les contours, faute de critères de qualification assez précis, prêtent au doute et à la controverse. Une telle situation tend à décourager l'effort de systématisation, alors que, à l'inverse, elle rend la systématisation d'autant plus nécessaire ».

⁵⁴⁷ Les privilèges mobiliers battent le record en droit belge dans cette catégorie. En effet, selon une liste qualifiée de non exhaustive, établie par Mme ERNST DE LA GRAETE (« Aspects du droit des sûretés. Classement des privilèges mobiliers », *Les créanciers et le droit de la faillite*, Actes du XXXIV^e Séminaire de la Commission Droit et Vie des Affaires, Bruxelles, Bruylant, 1983, pp. 747 et s.), il existe en Belgique 43 privilèges mobiliers. Et l'on peut présumer, à l'heure actuelle, que la liste s'est fort enrichie.

⁵⁴⁸ Il y a donc ici et là rejet du modèle d'une unique sûreté mobilière, celui du *security interest* du droit américain (Uniform Commercial Code, article 9, cité par M. GRIMALDI, « L'Acte uniforme portant organisation des sûretés », *loc. cit.*, p. 31).

⁵⁴⁹ L'on a vu ci-dessus qu'en droit belge comme en droit uniforme OHADA, la propriété retenue à titre de garantie, c'est-à-dire la réserve de propriété, n'apparaît que dans la législation de la faillite. La propriété transmise à titre de garantie, c'est-à-dire la fiducie – sûreté, n'apparaît nulle part, en droit uniforme, alors qu'elle n'est consacrée, en droit belge, que par des dispositions spécifiques.

⁵⁵⁰ Voir M. GRIMALDI, « L'Acte uniforme portant organisation des sûretés », *ibid.*, p. 31.

l'antichrèse a été supprimée en droit uniforme OHADA, alors qu'elle reste consacrée en droit belge malgré son obsolescence ; comme en droit belge, le droit uniforme OHADA connaît les hypothèques conventionnelles et légales, qu'il complète par les hypothèques judiciaires inconnues du droit belge ; en droit uniforme OHADA, il n'existe pas, à l'inverse du droit belge, des privilèges spéciaux immobiliers, mais seulement des hypothèques légales prenant rang à la date de leur inscription⁵⁵¹ ; le droit uniforme OHADA établit de manière séparée, contrairement au droit belge, un classement des sûretés en matière immobilière et un autre en matière mobilière.

Il se veut, en un mot comme en plusieurs, au regard de cette typologie, moins complexe et confus et plus bénéfique pour les créanciers en général en cas de concours né de la faillite ou liquidation des biens que le droit belge, même s'il n'offre, à l'instar du droit belge, aucune amélioration directe du sort des créanciers chirographaires dans les procédures collectives sous examen.

Illustrons encore les points de convergence et de divergence entre les deux ordres juridiques sous examen par l'étude des principes généraux gouvernant les sûretés.

B. Principes généraux régissant les sûretés

Nous allons brièvement donner les grandes orientations de ces principes généraux en ce qui concerne les sûretés personnelles (1°) avant de les détailler en matière de sûretés réelles (2°).

1°. En matière de sûretés personnelles

L'Acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés institue en matière de sûretés personnelles et plus particulièrement de cautionnement, à travers les règles de forme de ce dernier, un formalisme obligatoire ayant pour double objectif de préserver les droits du créancier et de renforcer la protection des cautions⁵⁵².

On relève, en effet, à cet égard, que la politique juridique française, qui est devenue, pour l'essentiel, une politique de l'endettement qui vise à protéger la caution d'un engagement

⁵⁵¹ Réserve doit être faite toutefois des dispositions contraires des lois nationales (article 122, alinéa 3).

⁵⁵² Voir, pour de plus amples informations, B. MARTOR, « Comparaison de deux sûretés personnelles : le cautionnement et la lettre de garantie », *loc. cit.*, p. 22.

excessif, se retrouve dans l'Acte uniforme précité avec les moyens suivants⁵⁵³ : l'information de la caution, que le créancier doit renseigner des encours, donc sur les incidents de paiement et, si le cautionnement est général, sur le montant de la dette garantie (article 14⁵⁵⁴) ; la distinction féconde entre l'obligation de règlement et de couverture, celle-ci s'éteignant par le décès de la caution (article 25, alinéa 4) et, si le cautionnement est général, par une résiliation unilatérale de sa part (article 9, alinéa 3).

Ce dispositif protecteur de la caution n'est pas, en revanche, systématique en droit belge. On le retrouve notamment dans la loi du 12 août 1991 relative au crédit à la consommation, qui veut, lorsque le cautionnement entre dans son champ d'application, que le créancier soit tenu d'informer la caution d'un retard prononcé de paiement (deux échéances ou un cinquième de la dette), des facilités de paiement accordées au débiteur et, préalablement, de toute modification de contrat principal (article 35)⁵⁵⁵.

On peut aussi constater que, dans un souci de renforcer la protection de la caution, doctrine et jurisprudence belges paraissent opter davantage pour une interprétation extensive de l'article 2037 du Code civil, qui porte la règle selon laquelle « *la caution est déchargée lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier ne peut plus, du fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution* »⁵⁵⁶.

On peut constater, par contre, qu'en matière de lettres de garanties, la tonalité – pour reprendre l'expression de M. GRIMALDI – n'est plus la même⁵⁵⁷ : au regard de l'article 35, alinéa 1, de l'Acte uniforme OHADA sous examen, le garant doit disposer d'un « délai raisonnable » pour vérifier la conformité de la demande aux termes de sa garantie et il est fondé à repousser une demande « manifestement abusive ou frauduleuse » (article 36).

⁵⁵³ V. M. GRIMALDI, « L'Acte uniforme portant organisation des sûretés », *loc. cit.*, pp. 31-32, qui précise d'ailleurs qu'il n'est question, dans ce dispositif protecteur, ni d'excès, ni de raison, ni de proportionnalité, ni d'abus, ni même de bonne foi : on y retrouve, dit-il, le droit civil classique français.

⁵⁵⁴ L'on comprend donc que cette disposition fait peser sur le créancier – nonobstant toute clause contraire et de manière très contraignante lorsqu'on la compare au droit français, qui requiert que de telles informations soient communiquées seulement une fois par an et uniquement lorsque la caution est une personne physique – deux obligations d'information distinctes, l'une qui vaut pour tous les cautionnements, et l'autre réservée au cas du cautionnement général (B. MARTOR, « Comparaison de deux sûretés personnelles : le cautionnement et la lettre de garantie », *loc. cit.*, p. 24).

⁵⁵⁵ Voir Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 390.

⁵⁵⁶ *Idem*, pp. 389-390. L'auteur cite ici les décisions jurisprudentielles allant dans ce sens et donne quelques cas illustrant cette protection de la caution.

⁵⁵⁷ M. GRIMALDI, « L'Acte uniforme portant organisation des sûretés », *ibid.*, p. 32.

Les exigences sont néanmoins quasiment identiques avec celles des droits belge et même français en la matière ; la raison est simple : la sûreté vient, on l'a vu, de la pratique du commerce international, qui a inspiré ces différents ordres juridiques⁵⁵⁸.

2°. En matière de sûretés réelles

Certains principes fondamentaux gouvernant les sûretés réelles en droit belge demeurent en droit uniforme OHADA en dépit des particularismes nationaux, qui caractérisent la matière des sûretés réelles et qui sont d'ailleurs à la base des applications différentes de certains principes à certaines sûretés dans les deux ordres juridiques. Ces diverses applications se font d'ailleurs, comme on le constatera, à bien d'égards au détriment des créanciers chirographaires.

Il est consacré, en effet, ici et là le principe de l'accessoire, qui veut qu'il n'y ait pas de sûreté réelle sans créance⁵⁵⁹ ; le principe de prohibition de la clause de voie parée et du pacte comissoire⁵⁶⁰.

Le droit uniforme consacre, en outre, sans ambages le principe de spécialité, quant à l'assiette et à la créance (article 49, pour le gage ; articles 120 et 127, pour l'hypothèque) : pas d'hypothèque ni de gage flottant ; ni d'hypothèque ou de gage pour toutes sommes⁵⁶¹.

En droit belge, et plus particulièrement en matière d'hypothèque, la spécialité constitue un des principes essentiels à la sécurité du crédit et des transactions immobiliers dans la mesure où il est exigé ici aussi que la sûreté soit doublement délimitée, quant à l'immeuble grevé et quant à la créance garantie⁵⁶². Mais le législateur a expressément consacré ici, à la différence du droit uniforme OHADA, le principe de l'hypothèque conventionnelle « pour toutes sommes »,

⁵⁵⁸ M. GRIMALDI, « L'Acte uniforme portant organisation des sûretés », *loc. cit.*, p. 32. Voir également, Fr. T'KINT, *op. cit.*, pp. 426 et s.

⁵⁵⁹ Ceci est conforme à la définition de la sûreté réelle selon laquelle celle-ci est un droit accessoire d'un autre droit, principal celui-là, la créance garantie (Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 107).

⁵⁶⁰ V. M. GRIMALDI, « L'Acte uniforme portant organisation des sûretés », *ibid.*, p. 32. Il convient de préciser qu'en Belgique, les articles 2078, alinéa 2, du Code civil, pour le gage civil, et 10 de la loi du 5 mai 1872, pour le gage commercial prohibent tant le pacte comissoire, aux termes duquel le bien devient automatiquement la propriété du créancier à l'échéance, que la clause dite de voie parée, qui autorise le créancier à faire vendre le gage de gré à gré de sa seule autorité (Fr. T'KINT, *ibid.*, pp. 154 et s.), alors que l'article 1626 du Code judiciaire y interdit, pour sa part, la clause de voie parée en matière d'hypothèque (Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 322). Le droit français consacre également la prohibition de la clause de voie parée et du pacte comissoire (M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, 7^e éd., pp. 444 et s.).

⁵⁶¹ V. M. GRIMALDI, « L'Acte uniforme portant organisation des sûretés », *ibid.*, p. 32.

⁵⁶² V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 279.

qui a rang, comme toute hypothèque, à dater de son inscription, aux termes de l'article 51bis⁵⁶³ inséré par la loi du 13 avril 1995 dans la loi du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire⁵⁶⁴.

Le droit belge ne connaît pas par ailleurs la rigueur du droit uniforme OHADA, qui veut que même les hypothèques légales soient spéciales quant à leur assiette⁵⁶⁵. Car, en droit belge comme en droit français, la généralité de l'assiette qui caractérise les sûretés légales n'est tempérée que par la spécialité de l'inscription, qui indiquera la créance garantie, le montant couvert par l'hypothèque et le ou les immeubles qu'elle frappera⁵⁶⁶.

Force est de constater, en outre, que le gage « flottant »⁵⁶⁷ est admis en droit belge, contrairement au droit uniforme OHADA, depuis l'arrêt du 12 novembre 1914⁵⁶⁸ par lequel la Cour de cassation a accepté la persistance du gage, même lorsque les biens nouveaux ne sont pas identiques à ceux qu'ils remplacent. Mais l'arrêt subordonne l'existence du contrat de gage à la réunion de conditions suivantes⁵⁶⁹ :

- les biens nouveaux ne peuvent être de valeur supérieure aux biens remplacés, car le créancier gagiste ne saurait renforcer sa sûreté grâce à la substitution, au préjudice des autres créanciers ;
- il faut en plus que la substitution soit instantanée, que le remplacement soit immédiat, car il ne peut y avoir d'hiatus dans la possession du créancier.

On doit rester attentif toutefois au fait que lorsque la substitution intervient en période suspecte, le curateur pourrait, si elle est à l'origine d'un gage nouveau, en demander l'annulation – plus précisément l'inopposabilité à la masse – conformément à l'article 17, 3°, de la loi sur les faillites car ce gage serait, nécessairement, constitué pour une « dette

⁵⁶³ Cet article dispose que « l'hypothèque peut être constituée pour sûreté de créances futures ».

⁵⁶⁴ Fr. T'KINT, *ibid.*, pp. 108-109. L'auteur relève que l'intervention du législateur a sans doute paru nécessaire eu égard aux réticences d'une partie de la doctrine à l'égard de l'hypothèque conventionnelle pour toutes sommes, tenant aux exigences de spécialité et de publicité de cette sûreté (p. 109).

⁵⁶⁵ M. GRIMALDI, « L'Acte uniforme portant organisation des sûretés », *loc. cit.*, p. 32.

⁵⁶⁶ Fr. T'KINT, *ibid.*, pp. 294 et 305 ; M. GRIMALDI, « L'Acte uniforme portant organisation des sûretés », *ibid.*, p. 32.

⁵⁶⁷ C'est-à-dire le gage qui porte sur des marchandises en mouvement constant appelées à être sans cesse remplacées entre les mains du créancier. Il est courant dans la pratique des affaires, spécialement dans le secteur de l'industrie textile (Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 144).

⁵⁶⁸ *Pas.*, 1915-1916, I, p. 124.

⁵⁶⁹ Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 143.

antérieurement contractée », condition de pareille sanction ; tel n'est pas le cas si la substitution laisse subsister le gage initial, concomitant de la dette garantie⁵⁷⁰.

Indiquons enfin que le gage pour toutes sommes est possible en droit belge à la différence du droit uniforme OHADA. En effet, au regard des exigences de l'article 2074, alinéa 1^{er}, du Code civil, lorsque le montant de la dette n'est pas connu, par exemple en cas de gage pour toutes sommes dues, on indiquera un « plafond » à concurrence duquel la dette sera couverte par le gage⁵⁷¹.

La Cour de cassation a ainsi reconnu, par son arrêt du 28 mars 1974⁵⁷², la licéité d'un gage sur fonds de commerce consenti en garantie de dettes futures, même éventuelles, à condition qu'elles soient « déterminées ou déterminables ». La règle trouve son fondement, dit la Cour, dans l'article 1130 du Code civil. Il est admis qu'elle peut être appliquée à toutes sûretés conventionnelles⁵⁷³, notamment le gage.

Quant au principe de publicité, on peut constater, à travers deux points, que l'Acte uniforme portant organisation des sûretés y est particulièrement strict⁵⁷⁴ :

- cet Acte uniforme ne suit pas l'évolution que connaissent certaines sûretés mobilières européennes, valables et opposables sans besoin d'être révélées (le nouveau gage du droit néerlandais ou le bordereau Dailly du droit français) ;
- les seuls privilèges généraux occultes qu'il connaît ne garantissent que des sommes modiques (car le privilège du fisc et des organismes de sécurité sociale sont soumis à publicité au delà d'un certain plafond : article 107-5⁵⁷⁵ et sont, de toute façon, classés à l'avant dernier rang (articles 148 pour les immeubles et 149 pour les meubles)⁵⁷⁶.

Ce principe de publicité constitue, en droit belge, en matière d'hypothèque, l'autre principe essentiel – à côté de celui de la spécialité – sur lequel repose la sécurité du crédit et des

⁵⁷⁰ Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 145.

⁵⁷¹ *Idem*, p. 147.

⁵⁷² *Pas.*, 1974, I, p. 776.

⁵⁷³ Fr. T'KINT, *ibid.*, pp. 146-147.

⁵⁷⁴ M. GRIMALDI, « L'Acte uniforme portant organisation des sûretés », *loc. cit.*, p. 32.

⁵⁷⁵ Pour rappel, la publicité est exigée dès lors que les sommes garanties excèdent le plafond fixé pour l'exécution provisoire des décisions de justice.

⁵⁷⁶ Ils ne menacent pas ici, contrairement au droit belge, le crédit hypothécaire.

transactions immobiliers. Il permet de fournir aux tiers les moyens de s'informer⁵⁷⁷. Il s'applique ici au gage sur fonds de commerce et au privilège du prêteur agricole.

S'il y est également strict, en ces matières comme dans celles relatives aux privilèges spéciaux sur immeubles, il ne l'est cependant pas en matière de privilèges généraux sur meubles et de privilèges spéciaux sur meubles, qui sont, en droit belge, en principe occultes. Pire encore, les privilèges des frais de justice et de l'assureur y sont occultes même lorsqu'ils grèvent un immeuble⁵⁷⁸.

On remarquera encore, en rapport avec les privilèges, que même là où la publicité est requise – comme en matière de privilège du vendeur d'équipement professionnel et du privilège du conservateur –, il ne s'agit pas d'une publicité instrumentaire, qui serait une condition d'opposabilité du privilège aux tiers, mais seulement d'une mesure destinée à assurer le maintien de la sûreté, malgré l'immobilisation⁵⁷⁹.

En définitive, le droit uniforme, par sa publicité rigoureuse aussi bien en matière immobilière que mobilière, se révèle plus protecteur des intérêts des créanciers chirographaires, à qui l'état des charges de l'immeuble et d'autres biens mobiliers du débiteur donne la mesure de la solvabilité de ce dernier. Sa rigueur sur le principe de spécialité tant en matière de gage que d'hypothèque garantit en outre une meilleure sécurité juridique aux différents créanciers du débiteur.

Il reste à mesurer, avant de passer à l'étude des pistes d'assainissement du régime des sûretés en droits belge et uniforme OHADA, l'importance de l'influence du milieu sur les deux ordres juridiques sous examen en vue de mieux comprendre les particularités de chacun.

C. Spécificités de l'Acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés par rapport au droit belge commandées par le contexte

⁵⁷⁷ Fr. T'KINT, *op. cit.*, pp. 279-280.

⁵⁷⁸ *Idem*, p. 119.

⁵⁷⁹ *Ibid.*, pp. 119-120.

Ce point nous permettra de montrer que l'Acte uniforme sous examen prend en compte plusieurs réalités socio-économiques ou juridiques de son milieu, qui sont, à divers égards, différentes de celles belges et protectrices des intérêts des créanciers.

Notre objectif est donc de mettre en exergue, en s'appuyant sur certaines dispositions de l'Acte uniforme précité, l'impact du contexte africain sur cet Acte et partant montrer que certaines dispositions de ce dernier ne peuvent, malgré leur mérite, inspirer le législateur belge et vice versa, pour la simple raison que les deux dispositifs législatifs évoluent dans des milieux différents. On exposera, pour ce faire, d'abord l'influence des réalités socio-économiques (1°) puis celle des réalités juridiques (2°).

1°. Influence des réalités socio-économiques africaines sur l'Acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés

En matière de sûretés personnelles, on peut épingler notamment l'illettrisme persistant dans ce continent, qui est à la base d'une règle de forme particulière à la caution analphabète : l'Acte uniforme substitue à la mention manuscrite une assistance par des témoins, qui certifient, outre l'identité et la présence de la caution, l'explication qui lui a été donnée de la nature et des effets de son engagement (article 4, alinéa 3)⁵⁸⁰.

Le faible taux d'illettrisme en Belgique justifie, on s'en doute, qu'il y soit mis en œuvre une protection particulière de la caution analphabète, et donc l'absence de pareille règle de forme en matière de cautionnement.

En matière de sûretés réelles, l'on peut constater notamment que l'insolvabilité chronique de certains employeurs africains qui recourent à une main d'œuvre salariée pour l'exécution d'un contrat d'entreprise à domicile – au domicile du salarié ou à celui du maître de l'ouvrage (ce sont les tâcherons) – justifie l'octroi d'un privilège mobilier spécial à ces salariés (article 113) en vue de protéger leurs créances salariales nées de l'exécution de l'ouvrage⁵⁸¹.

⁵⁸⁰ V. M. GRIMALDI, « L'Acte uniforme portant organisation des sûretés », *loc. cit.*, p. 32.

⁵⁸¹ V. Fr. ANOUKAHA et al., *op. cit.*, p. 162 ; M. GRIMALDI, « L'Acte uniforme portant organisation des sûretés », *loc. cit.*, p. 32.

En droit belge, en revanche, un privilège mobilier spécial est accordé aux travailleurs, sous-traitants et fournisseurs (article 20, 12°, de la loi hypothécaire), justifié, non pas par l'insolvabilité chronique de certains employeurs – que l'économie du marché et sa stricte réglementation ne tolèrent point –, mais plutôt par une idée de plus-value apportée au patrimoine de l'entrepreneur débiteur⁵⁸².

Il y a lieu de remarquer, en outre, toujours en matière de sûretés réelles, qu'on peut s'appuyer sur les caractères de l'économie africaine, qui est essentiellement rurale, commerciale, artisanale ou industrielle, bien plus que financière, pour expliquer l'existence ou l'absence de certaines sûretés⁵⁸³ : l'existence d'un nantissement sur stocks (articles 100 à 105)⁵⁸⁴ et d'une hypothèque légale conférée au prêteur de deniers affectés à une opération de construction immobilière (article 135, alinéa 3), mais l'absence de sûretés sur des biens dématérialisés, le besoin ne s'étant pas fait sentir, comme en France notamment, de transformer le gage sur valeurs mobilières en un nantissement sur compte d'instruments financiers⁵⁸⁵.

2°. Influence des réalités juridiques africaines sur l'Acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés

L'évolution historique du droit des entreprises en difficulté, brossée dans la première partie de cette recherche, nous a montré notamment que l'ensemble des Etats francophones d'Afrique – parties au Traité de l'OHADA – avaient gardé la législation française léguée pendant la colonisation ou s'inspiraient plus ou moins fidèlement des réformes qui ont été introduites en France après les indépendances. C'est pourquoi nous nous intéresserons ici essentiellement aux réalités juridiques du passé colonial en insistant, en vue de faire ressortir les spécificités de l'Acte uniforme sous examen, sur le fait que non seulement la puissance coloniale n'a pas

⁵⁸² V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 240.

⁵⁸³ V. M. GRIMALDI, « L'Acte uniforme portant organisation des sûretés », *ibid.*, p. 32.

⁵⁸⁴ En droit belge, le warrant de marchandises, réglé par la loi belge du 18 novembre 1862, continue à jouer ce rôle.

⁵⁸⁵ En France, l'appellation « instruments financiers » a reçu une consécration officielle avec la loi n° 96-597 du 2 juillet 1996 dite « de modernisation des activités financières ». Sous cette appellation, on trouve les valeurs mobilières, catégorie de biens ancienne et familière ; mais on trouve aussi les créances financières, qui n'étaient pas tenues pour des valeurs mobilières, comme les titres de créances négociables et, par ailleurs, « les instruments financiers à terme », expression qui désigne les contrats sur les marchés financiers à terme (M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, 7^e éd., p. 578). M. CABRILLAC, « Les sûretés réelles entre vins nouveaux et vieilles outres », *loc. cit.*, 713, relève, en effet, que le nantissement des comptes d'instruments financiers constitue une sûreté dont il est superfétatoire de souligner et l'importance économique et la modernité de son régime. L'on peut penser que la loi belge du 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières et portant des dispositions fiscales diverses en matière de conventions constitutives de sûreté réelle et de prêts portant sur des instruments financiers, examinée ci-dessus, s'inscrit dans ce cadre.

été la même partout, mais aussi qu'elle a parfois imposé outre-mer un régime juridique différent de celui de la métropole⁵⁸⁶. Nous citerons, à titre d'exemple, certaines dispositions de cet Acte uniforme relatives à l'hypothèque, qui en portent les traces.

On peut ainsi constater que c'est parce que le notariat ne fut pas implanté et n'existe toujours pas dans tous les Etats parties que la convention d'hypothèque peut être passée soit par acte notarié⁵⁸⁷, soit par un acte sous seing privé suivant un modèle agréé par la conservation de la propriété foncière (article 128 de l'Acte uniforme)⁵⁸⁸. L'on peut remarquer avec M. GRIMALDI que cette alternative atteste le caractère nécessairement formaliste de l'hypothèque qui se justifie parfois par la protection du constituant, et toujours par les nécessités de la publicité foncière⁵⁸⁹.

Il y a lieu d'observer, en outre, que c'est à l'introduction par la puissance coloniale, notamment par la France⁵⁹⁰ dans la plupart des Etats parties au Traité OHADA, d'un système de publicité immobilière inspiré du modèle TORRENS, initié en Australie en 1958, que l'on doit le livre foncier et les hypothèques différées⁵⁹¹ : le livre foncier, qui, parce que l'immatriculation constitue le titre exclusif et irrécusable de la propriété, exclut toute hypothèque sur un immeuble non immatriculé et ne laisse aucune place à la théorie du propriétaire apparent ; les hypothèques différées, permises pour garantir les prêts à court terme, qui, immédiatement signalées au conservateur, ne sont pas immédiatement publiées et ne le seront plus tard, dans un délai de quatre-vingt-dix jours, que si le besoin s'en fait sentir, mais qui prendront alors rang à la date de leur signalement initial (article 130 de l'Acte uniforme).

⁵⁸⁶ V. M. GRIMALDI, « L'Acte uniforme portant organisation des sûretés », *loc. cit.*, p. 32.

⁵⁸⁷ Comme c'est le cas en droit belge au regard de l'article 76 de la loi hypothécaire et en droit français (article 2127 du Code civil).

⁵⁸⁸ Remarquons qu'elle peut, au regard de l'article 76 de la loi hypothécaire, être consentie aussi, en droit belge, par acte sous seing privé reconnu en justice ou devant notaire. Mais cette forme subsidiaire demeure, comme le relève M. T'KINT, *op. cit.*, p. 303, tout à fait exceptionnelle en droit comme en fait parce que le simple dépôt de l'acte sous seing privé au rang des minutes d'un notaire ne suffirait pas : il y faut en plus la reconnaissance d'écriture et la signature du débiteur (le droit français va dans le même sens : voir M. CABRILLAC et C. MOULY, *op.cit.*, p. 656) ; de même, le tribunal vérifiera, pour la reconnaissance en justice, l'authenticité du contrat au terme d'une procédure contentieuse (articles 883 et suivants du Code judiciaire).

⁵⁸⁹ M. GRIMALDI, « L'Acte uniforme portant organisation des sûretés », *ibid.*, p. 32.

⁵⁹⁰ La Belgique a aussi introduit ce système de publicité dans ses colonies, notamment en République démocratique du Congo.

⁵⁹¹ V. M. GRIMALDI, « L'Acte uniforme portant organisation des sûretés », *ibid.*, pp. 32-33.

Il apparaît, en conclusion à ce paragraphe et au regard de nos considérations précédentes, que si l'originalité de l'Acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés par rapport aux dispositions du Code civil belge en matière de sûretés ne peut être méconnue, elle n'est cependant pas absolue, dans la mesure où, on l'a vu, l'Acte uniforme précité consacre par moment des règles classiques ou des solutions acquises⁵⁹².

Cette consécration ne manque pas d'intérêt chaque fois qu'elle apporte des solutions à des problèmes non moins controversés. Il en est ainsi notamment de l'octroi au garant à première demande du même recours subrogatoire qu'à la caution (article 37 de l'Acte uniforme)⁵⁹³ ; de la faculté pour le créancier gagiste (article 56-1, alinéa 2, de l'Acte uniforme) et même dorénavant pour le créancier nanti sur fonds de commerce (article 68 de l'Acte uniforme), d'obtenir l'attribution judiciaire du bien gagé et de primer ainsi tous les autres créanciers, alors que son droit de préférence n'est pas de premier rang ; du maintien général de l'interdiction de la clause de voie parée et du pacte comissoire.

Ladite consécration laisse néanmoins perplexe lorsqu'elle s'avère incomplète faute de précisions auxquelles on pouvait s'attendre. L'on peut ainsi regretter que la règle suivant laquelle le cautionnement « doit » être constaté dans un acte comportant la mention manuscrite de la somme garantie en chiffres et en lettres (article 4 de l'Acte uniforme) ne précise pas la sanction de cette exigence⁵⁹⁴, cette lacune étant à la base d'une controverse nourrie et confuse sur le caractère consensuel ou formaliste du contrat de cautionnement au point que certains auteurs⁵⁹⁵ ont constaté que « c'est à partir de ce texte que l'on a pu écrire le plus grand nombre d'inexactitudes ».

Au demeurant, l'originalité de cet Acte uniforme OHADA reste incontestable au regard de la simplicité, de la clarté et de la précision de ses innovations⁵⁹⁶ : ses articles 8, alinéa 2⁵⁹⁷ ; 9⁵⁹⁸ ;

⁵⁹² Dans ce sens, M. GRIMALDI, « L'Acte uniforme portant organisation des sûretés », *loc. cit.*, p. 33.

⁵⁹³ Alors pourtant, constate-t-on, que, lorsqu'il exécute son engagement, le garant paie sa propre dette et non, comme le fait la caution, celle d'autrui (voir M. GRIMALDI, « L'Acte uniforme portant organisation des sûretés », *ibid.*, p. 33).

⁵⁹⁴ V. M. GRIMALDI, « L'Acte uniforme portant organisation des sûretés », *ibid.*, p. 33.

⁵⁹⁵ Fr. ANOUKAHA et al., *op. cit.*, p. 15. On peut constater, au passage, que le contrat de cautionnement constitue, en droit belge, un contrat consensuel (Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 367).

⁵⁹⁶ Voir à cet égard M. GRIMALDI, « L'Acte uniforme portant organisation des sûretés », *loc. cit.*, p. 33.

⁵⁹⁷ Cet article protège la caution par l'obligation d'annexer à l'acte de cautionnement l'acte constitutif de la créance garantie.

⁵⁹⁸ Cet article protège la caution par l'obligation de plafonner le cautionnement général.

10, alinéa 1⁵⁹⁹ ; 29⁶⁰⁰ ; et 30⁶⁰¹ en portent les traces en matière de sûretés personnelles. Ses articles 42, alinéa 3⁶⁰² ; 50⁶⁰³ ; 116⁶⁰⁴ ; 148 et 149⁶⁰⁵ ; et, en cas de faillite, les articles 166, 4°, et 167, 7^o⁶⁰⁶, de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif en portent, pour leur part, les traces en matière de sûretés réelles.

N'empêche cependant que certaines dispositions de cet Acte uniforme, pourtant innovatrices, invitent à la réflexion à cause de leur portée incertaine. L'on peut citer, à titre d'illustration, ses articles 12, alinéas 1 et 2⁶⁰⁷, et 43⁶⁰⁸.

On soulignera enfin qu'en dépit de ses importantes innovations, le droit uniforme, à l'instar du droit belge actuel, n'est pas arrivé à améliorer directement la situation des créanciers chirographaires, qui continuent à occuper le dernier rang dans le classement établi par les deux Actes uniformes précités aussi bien en matière immobilière que mobilière. Il est un fait

⁵⁹⁹ Cet article prévoit l'extension de la présomption de solidarité au cautionnement civil.

⁶⁰⁰ Cet article protège le garant par l'interdiction faite aux personnes physiques de s'engager par une lettre de garantie.

⁶⁰¹ Cet article protège le garant par l'obligation d'indiquer le contrat de base dans la lettre de garantie.

⁶⁰² Cette disposition insiste sur l'obligation pour le rétenteur de « renoncer » à son droit de rétention si une sûreté réelle équivalente lui est proposée, ce qui est une façon de débloquent la situation.

⁶⁰³ Cette disposition consacre le droit reconnu au créancier gagiste d'obtenir le paiement de la créance formant l'objet du gage.

⁶⁰⁴ Cette disposition prévoit l'élargissement du domaine du privilège du conservateur, accordé désormais non plus seulement à celui qui a empêché la disparition de la chose, mais aussi à celui qui en a conservé l'usage ; elle consacre une conception de la conservation, à la fois physique et fonctionnelle.

⁶⁰⁵ Ces dispositions renforcent le rôle de la publicité, en matière mobilière par l'institution d'un registre du commerce et du crédit mobilier, en matière immobilière par la suppression des privilèges spéciaux, et en ces deux matières par le classement au dernier rang de tous les privilèges généraux non publiés.

⁶⁰⁶ Ces articles classent, en cas de faillite, l'hypothèque légale et le privilège mobilier général de la masse après les créanciers hypothécaires et les créanciers munis d'un privilège mobilier spécial. Cet ordre reconnaît l'importance du rôle de la publicité.

⁶⁰⁷ Cet article 12 prévoit, en matière de cautionnement réel, d'abord que « la caution peut garantir son engagement en consentant une sûreté réelle sur un ou plusieurs de ses biens » (alinéa 1), puis ajoute qu'« elle peut également limiter son engagement à la valeur de réalisation du ou des biens sur lesquels elle a consenti une telle sûreté » (alinéa 2). On observe pertinemment que, par cette seconde proposition, l'Acte uniforme semble reconnaître au cautionnement une nature mixte – une nature personnelle en ce que la caution s'engage personnellement à hauteur de la valeur du bien, une nature réelle en ce que la caution confère sur ce même bien un gage ou une hypothèque en garantie de son engagement – sans toutefois trancher s'il laisse à la caution réelle la possibilité d'écarter tout engagement personnel de sa part, afin d'éviter d'être poursuivie sur d'autres biens que celui qu'elle a affecté en garantie (M. GRIMALDI, « L'Acte uniforme portant organisation des sûretés », *ibid.*, p. 34).

⁶⁰⁸ Cette disposition, relative au rétenteur impayé, accorde à ce dernier les droits de suite et de préférence attachés au gage. Ayant pour objet d'éviter que la chose ne soit plus bloquée entre les mains d'un rétenteur qui, s'il prend l'initiative de sa vente, se retrouve dans la situation d'un créancier chirographaire, elle suscite néanmoins une crainte due au fait que, lorsque la chose est vendue sur l'initiative d'un tiers, le rétenteur soit pareillement traité, qu'il ne puisse plus revendiquer le report de son droit de rétention sur le prix et profiter ainsi d'un paiement hors concours, mais doive se contenter d'un droit de préférence qui n'est pas de premier rang. Ce qui a fait dire à M. GRIMALDI qu'« alors, le droit de rétention, paré d'un droit de préférence et d'un droit de suite, aurait peut-être gagné une place incontestable parmi les sûretés, mais il aurait cessé d'en être la reine... » (M. GRIMALDI, « L'Acte uniforme portant organisation des sûretés », *loc. cit.*, p. 33).

toutefois que l'impact de ces innovations, simples, claires et précises, et de leur portée nettement circonscrite sur les procédures collectives sous examen leur profite à l'instar de tous les autres créanciers du débiteur, même s'il faut encore compter avec l'environnement social, économique, politique et juridique pour espérer un quelconque succès desdits Actes uniformes OHADA⁶⁰⁹.

Ceci étant, nous pouvons maintenant proposer des pistes d'assainissement de ces deux régimes des sûretés et en évaluer l'impact sur les créanciers chirographaires en cas de concours né de la faillite ou liquidation des biens.

§2. De l'assainissement proprement dit du régime des sûretés en droits belge et uniforme OHADA

Après ce bref survol des régimes belge et uniforme OHADA des sûretés, nous pouvons à présent fournir des pistes de leur assainissement au regard de lacunes susmentionnées ici et là.

Notre étude ne concernera que les sûretés réelles, car, on l'a déjà dit, c'est à leur égard seulement que se pose le problème de concours entre créanciers. Elle se propose de mettre en exergue les sûretés qui, parce qu'elles ne répondent plus à aucun besoin ou parce qu'on peut en faire l'économie en les limitant clairement et de façon précise, nécessitent une intervention du législateur, d'indiquer les grandes lignes de cette dernière et d'en faire une évaluation par rapport à la situation des créanciers chirographaires.

Etant donné qu'on ne peut procéder à l'assainissement du régime belge des sûretés sur base du modèle achevé porté par l'Acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés compte tenu des spécificités de chaque régime et surtout des particularismes nationaux en matière de sûretés réelles, on se contentera d'indiquer, par moment, ce que chaque système peut apporter à l'autre sur telle ou telle sûreté. Ce qui revient à dire que nous pensons que l'influence peut être réciproque vu que le système OHADA ne se veut pas parfait.

⁶⁰⁹ Dans ce sens, M. GRIMALDI, « L'Acte uniforme portant organisation des sûretés », *ibid.*, p. 34, qui observe également que l'Acte uniforme sous examen présente sans doute les qualités intrinsèques nécessaires à son succès, mais sa réussite suppose aussi un certain environnement économique et politique.

C'est pour cette raison d'ailleurs que nous abandonnerons ici la subdivision suivie par l'Acte uniforme précité qui, se fondant sur l'assiette des sûretés, a retenu les sûretés mobilières et immobilières et adopterons, toujours en fonction de l'assiette des sûretés, l'autre classification des sûretés selon laquelle les sûretés peuvent être soit spéciales, soit générales. Cette dernière tient, en effet, compte de l'importance des privilèges généraux en cas de faillite ou liquidation des biens et nous permet de les isoler par rapport aux diverses catégories de sûretés spéciales afin de voir comment les assainir. Ainsi, le premier point de cette analyse traitera-t-il de l'assainissement des sûretés spéciales (A), alors que le second examinera l'assainissement des sûretés générales (B).

A. Les perspectives de l'assainissement des sûretés spéciales et leurs effets sur le sort des créanciers chirographaires

Nous examinerons tour à tour le gage et les nantissements sans dépossession (1°), les privilèges spéciaux (2°) et les hypothèques (3°).

1°. De l'assainissement du gage et des nantissements sans dépossession

Alors que le législateur OHADA distingue soigneusement le gage classique, seule forme véritable de gage, des autres formes de gage n'impliquant pas la dépossession, il n'en est cependant pas ainsi en droit belge où les règles régissant les diverses variétés de gage sont disparates. D'où l'intérêt d'assainir ici les régimes du gage (a) et du nantissement sans dépossession (b).

a) Le gage

La lecture des articles 44 à 62 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés réglementant le gage en droit uniforme OHADA montre que ce dernier a subi une mise à jour de ses règles pour permettre la constitution et la réalisation d'une telle sûreté sur les créances sans préjudice pour le créancier ni pour le débiteur de la créance donnée en gage⁶¹⁰.

⁶¹⁰ J. ISSA-SAYEGH, « Acte uniforme du 17 avril 1997 portant organisation des sûretés », *loc. cit.*, p. 642.

L'article 44 de cet Acte uniforme oppose expressément le gage au nantissement sans dépossession. Elle consacre ainsi une distinction opportune et rend mieux compte de la conception traditionnelle, c'est-à-dire de la véritable nature du gage qui doit demeurer une sûreté avec dépossession⁶¹¹.

Ces dispositions, en organisant indifféremment le gage civil et le gage commercial et en distinguant le gage classique du gage sans dépossession, révèlent, du point de vue légistique, un effort louable de systématisation de la matière de gage en droit uniforme OHADA.

La systématisation de cette matière s'impose, en effet, depuis longtemps en droit belge et même en droit français⁶¹². En effet, le Code civil belge régit le gage civil (articles 2073 à 2084), alors que la loi du 5 mai 1852, insérée sous le titre VI du livre I du Code de commerce, régit le gage commercial. Ce dernier présente un intérêt pratique évident contrairement au gage civil, qui se rencontre rarement. Malheureusement, la réglementation du gage commercial se veut fragmentaire pour former un système complet, raison pour laquelle on recourt fréquemment aux dispositions du Code civil en la matière, qui constituent le droit commun⁶¹³.

Une question jaillit de cet état de chose : l'existence de deux législations parallèles⁶¹⁴ du gage reste-t-elle justifiée ? Nous ne le pensons pas à l'instar de Mme MOREAU-MARGREVE qui – s'appuyant notamment sur le fait que lorsque le gage est exigé par un professionnel du crédit, les clauses des actes de gage civil et commercial se ressemblent – soutient qu'« en réalité, la distinction entre gage civil et gage commercial participe d'une conception dualiste, à notre sens dépassée, selon laquelle les activités commerciales impliqueraient des normes plus 'pratiques' que les activités dites par opposition purement civiles »⁶¹⁵.

⁶¹¹ Fr. ANOUKAHA et al., *op. cit.*, p. 78. Les auteurs ne manquent pas de renseigner que l'option terminologique adoptée par le législateur OHADA n'est pas nouvelle, car le législateur sénégalais faisait déjà cette distinction entre le gage et le nantissement sans dépossession (article 851, COCC).

⁶¹² Voir notamment, Ph. MALAURIE et L. AYNES, *op. cit.*, n° 501, pp. 184-185 ; J.-B. SEUBE, *op. cit.*, 2^e éd., n° 227, pp. 127-128.

⁶¹³ Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 128.

⁶¹⁴ I. MOREAU-MARGREVE, « Evolution du droit et de la pratique en matière de sûretés », *loc. cit.*, p. 132, observe d'ailleurs que les législations parallèles à celle du gage dans le Code civil se sont développées contre elle.

⁶¹⁵ I. MOREAU-MARGREVE, « Faut-il réviser les dispositions du Code civil en matière de sûretés et dans l'affirmative, quelles seraient les grandes orientations d'une révision ? », *loc. cit.*, p. 582.

Cette opinion a, comme on l'a vu, été valorisée en droit uniforme OHADA où le législateur a, dans sa mise à jour de cette matière, fait l'économie de cette distinction en réglementant indifféremment le gage civil et le gage commercial.

On doit, en outre, constater que le législateur belge⁶¹⁶ a, au gré des besoins et des revendications, aménagé des gages particuliers : le warrant, l'hypothèque maritime, le privilège agricole, le gage sur fonds de commerce et l'endossement des factures, le warrant charbonnier. Et ce, en vue de tenter de remédier aux inconvénients du gage classique, qu'il soit civil ou commercial, que sont : le dessaisissement et le formalisme⁶¹⁷.

L'efflorescence de gages particuliers résultant de ces multiples interventions du législateur belge commande à présent d'élaguer et de sacrifier certains mécanismes, comme le warrant charbonnier lié à la crise des charbonnages des années cinquante⁶¹⁸, et certaines institutions qui ne répondent plus à leur raison d'être⁶¹⁹. Ce qui ne va pas sans soulever la question de savoir s'il serait possible d'éviter les inconvénients que présente la réglementation civile du gage, étant entendu que la réglementation du gage devrait être identique quelle que soit la nature de la dette garantie⁶²⁰.

En réponse à cette préoccupation, il y a lieu d'observer que le premier inconvénient participe du caractère antiéconomique du gage qui est issu de l'exigence du dessaisissement car, en principe, pendant la durée du gage, le bien gagé ne peut être utilisé par personne et que cette exigence légale est justifiée par le souci de protéger le créancier gagiste ainsi que les tiers⁶²¹.

⁶¹⁶ Ainsi que le législateur français.

⁶¹⁷ V. I. MOREAU-MARGREVE, « Faut-il réviser les dispositions du Code civil en matière de sûretés et dans l'affirmative, quelles seraient les grandes orientations d'une révision ? », *ibid.*, p. 582. L'auteur constate que le législateur belge n'a jamais pourtant atteint absolument ce double objectif simultanément. J. Van COMPERNOLLE, « Les sûretés réelles en droit belge », *loc. cit.*, p. 72, dénonce aussi ces inconvénients du gage classique, qui sont à la base de l'intervention du législateur en vue mettre en place diverses formes assouplies de gage répondant mieux aux exigences de la vie des affaires.

⁶¹⁸ Voir pour de plus amples informations sur ce gage particulier, I. MOREAU-MARGREVE, « Evolution du droit et de la pratique en matière de sûretés », *loc. cit.*, pp. 152-153. L'auteur écrit à cet égard que le moins que l'on puisse dire aujourd'hui, c'est que la législation de ce gage est en veilleuse.

⁶¹⁹ I. MOREAU-MARGREVE, « Faut-il réviser les dispositions du Code civil en matière de sûretés et dans l'affirmative, quelles seraient les grandes orientations d'une révision ? », *ibid.*, p. 582.

⁶²⁰ *Idem*, p. 597.

⁶²¹ I. MOREAU-MARGREVE, « Faut-il réviser les dispositions du Code civil en matière de sûretés et dans l'affirmative, quelles seraient les grandes orientations d'une révision ? », *loc. cit.*, p. 597. Dans ce sens également, Ph. MALAURIE et L. AYNES, *op. cit.*, n° 501, p. 190, répondant à la question de savoir si le rôle que le droit français fait jouer à la mise en possession du créancier gagiste, généralement critiqué, est justifié.

Après avoir nuancé ces motifs – la protection du créancier gagiste et celle des tiers – Mme MOREAU-MARGREVE semble être favorable à la suppression de l'exigence de dessaisissement dans le régime de droit commun du gage⁶²². Une position que ne semble pas admettre MM. MALAURIE et AYNES⁶²³, qui relèvent que la mise en possession du créancier – condition non seulement d'opposabilité aux tiers du gage, mais encore de validité – joue aussi un rôle de protection du constituant, car la nécessité d'un dessaisissement actuel attire son attention sur la gravité de son acte ; elle est, aux yeux de ces auteurs, l'équivalent de la solennité de l'hypothèque conventionnelle et ne peut partant être écartée que par la loi. Et que le législateur uniforme n'a pas suivi en faisant de la mise du bien une condition essentielle pour permettre au gage de déployer ses effets, même entre parties (article 48, alinéa 1^e, de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés) et en distinguant soigneusement le nantissement sans dépossession du gage, véritable sûreté avec dépossession⁶²⁴.

M. T'KINT ne manque pas d'observer, pour sa part, qu'au regard de l'article 2071 du Code civil belge, le gage est un contrat réel, c'est-à-dire un contrat qui naît de la remise d'une chose ; ce qui confirme qu'en droit belge aussi la mise en possession du créancier est une condition d'existence du contrat, non une condition d'opposabilité de la sûreté aux tiers et qu'à l'instar du droit uniforme OHADA, le droit belge consacre aussi l'exigence de dépossession, s'agissant des créances, même si la dépossession requise, désormais, est purement fictive⁶²⁵.

Nous pensons, au regard de ce qui précède, que l'exigence du dessaisissement devrait être maintenue, pour les meubles corporels, alors qu'elle devrait être assouplie et organisée de manière particulière, pour les meubles incorporels, voire même abandonner, lorsque le gage porte sur une créance.

L'autre inconvénient du gage civil réside dans son formalisme d'opposabilité aux tiers. L'on sait, en effet, qu'il est exigé, pour ce faire, un acte constitutif portant spécialisation du gage au

⁶²² I. MOREAU-MARGREVE, « Faut-il réviser les dispositions du Code civil en matière de sûretés et dans l'affirmative, quelles seraient les grandes orientations d'une révision ? », *ibid.*, pp. 597-598. Elle note en outre que s'évanouirait ainsi l'irritante question du mode de son respect pour les meubles incorporels à propos desquels la remise du titre jouerait le même rôle qu'en matière de cession de créance.

⁶²³ Ph. MALAURIE et L. AYNES, *ibid.*, p. 190. Ces auteurs reconnaissent l'attachement ferme du droit français à la dépossession, considérée comme seule constitutive du gage (contrat réel).

⁶²⁴ Fr. ANOUKAHA et al., *op. cit.*, pp.86 et s. L'article 50 du même Acte uniforme prévoit, pour sa part, les modalités particulières de la remise des biens incorporels.

⁶²⁵ Fr. T'KINT, *op. cit.*, pp. 134 et 137 et s.

double point de vue de la créance garantie et du bien grevé, cet acte devant avoir date certaine avant l'hypothèse de concours⁶²⁶.

Nous sommes d'avis avec Mme MOREAU-MARGREVE que ces prescriptions paraissent inévitables pour protéger les tiers à telle enseigne que le législateur belge devrait même, à l'instar du droit uniforme OHADA (article 49 de l'Acte uniforme précité), leur adjoindre des mesures de publicité⁶²⁷. Il renforcerait ainsi également, à l'occasion, l'interdiction générale de la clause de voie parée et du pacte commissoire, comme c'est le cas en droit uniforme OHADA, en vue de mieux protéger aussi bien le constituant du gage que les autres créanciers et maîtriser la jurisprudence qui admet leur validité dès lors qu'ils sont postérieurs à la convention du gage.

Enfin, les législateurs belge et OHADA devraient éviter, pour l'intérêt des autres créanciers et plus particulièrement celui des créanciers chirographaires, de reconnaître, à l'instar du législateur néerlandais, aux créanciers gagistes la qualité de « séparatistes », qui leur permettrait de rester en dehors de la faillite, avec notamment pour conséquence qu'ils ne devraient pas contribuer aux frais de celle-ci⁶²⁸. La raison est simple : le gage serait à ce point prisé par les établissements de crédit qu'il absorberait, dans beaucoup de cas, une partie importante de l'actif disponible et rendrait partant aléatoire la satisfaction, même partielle, des autres créanciers⁶²⁹.

En somme, l'effort de systématisation en matière de gage que nous souhaitons de tous nos vœux, essentiellement en droit belge compte tenu des raisons susmentionnées, n'aboutit pas à une amélioration directe de la situation des créanciers chirographaires car elle ne bouleverse point la procédure d'ordre strictement suivie en cas de faillite ou liquidation des biens. Les règles en découlant leur procurent néanmoins, à l'instar des autres créanciers, une meilleure protection et contribuent à une liquidation rapide du patrimoine de leur débiteur.

b) Les nantissements sans dépossession

⁶²⁶ I. MOREAU-MARGREVE, « Faut-il réviser les dispositions du Code civil en matière de sûretés et dans l'affirmative, quelles seraient les grandes orientations d'une révision ? », *loc. cit.*, p. 598.

⁶²⁷ *Idem*, p. 598. La constitution d'une sûreté sur les biens futurs, que cet auteur condamne vigoureusement compte tenu de ses conséquences malsaines sur le constituant de la sûreté (pp. 592-593), serait critiquée sur base de ces prescriptions ou, à tout le moins, mieux encadrée.

⁶²⁸ V. Fr. T'KINT et W. DERIJCKE, « Sûretés et procédures collectives : étude de droit comparé. Les créanciers hypothécaires et gagiste comme « séparatistes » en droit néerlandais vs. l'approche française », *loc. cit.*, 527.

⁶²⁹ *Idem*, p. 527.

Le droit belge connaît, on l'a vu, deux sortes de gage sans dépossession : le privilège agricole et le gage sur fonds de commerce.

Le premier, c'est-à-dire le privilège agricole, mal nommé, en ce qu'il constitue sans nul doute une sûreté d'origine conventionnelle, a été organisé par la loi du 15 avril 1884 sur les prêts agricoles dont le titre II, consacré au privilège agricole, a été modifié notamment par la loi du 7 mars 1929 qui a restreint, une nouvelle fois comme l'avait déjà fait la loi du 15 avril 1884, la portée du privilège du bailleur en vue de tenter de rendre le privilège plus efficace⁶³⁰.

L'objectif poursuivi par le législateur est de favoriser les investissements dans le secteur agricole, aussi bien dans l'intérêt particulier des agriculteurs que dans l'intérêt général, le secteur agricole étant, dans toute nation, considéré comme un secteur clé de l'économie⁶³¹. Ce gage sans dépossession, institué par une législation ponctuelle, était destiné à développer le crédit aux agriculteurs touchés par la crise économique de la fin du siècle⁶³².

Malgré ses atouts (la réglementation des conflits de rang, la protection du créancier gagiste, la réglementation de la question du droit de suite et de celle du maintien du privilège malgré l'immobilisation des biens grevés, la réglementation du régime publicitaire, ...), la loi de 1884 précitée ne s'est pas révélée l'instrument de rénovation de l'agriculture que ses auteurs souhaitaient qu'elle devienne. Car le privilège agricole qu'elle institue, concurrencé par l'hypothèque, n'a pas servi les intérêts des agriculteurs, non propriétaires de leurs terres, pour lesquels il a été spécialement conçu⁶³³.

On explique son échec relatif d'abord, en partie, par la défiance que peut nourrir un créancier à l'égard de celui qui reste en possession de la garantie, auquel est inspirée cependant la crainte du gendarme ; ensuite, de manière certaine, par la variation des prix des biens composant l'assiette de la garantie et l'obsolescence rapide qui frappe certains de ceux-ci ; enfin, par le fait que, dans le secteur agricole, pour lequel il a été créé, le privilège agricole se révèle, dans les faits, essentiellement une garantie d'appoint⁶³⁴.

⁶³⁰ V. I. MOREAU-MARGREVE, « Evolution du droit et de la pratique en matière de sûretés », *loc. cit.*, p. 142.

⁶³¹ *Idem*, pp. 142-143.

⁶³² V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, p.183.

⁶³³ V. I. MOREAU-MARGREVE, « Evolution du droit et de la pratique en matière de sûretés », *loc. cit.*, p. 144.

⁶³⁴ *Idem*, p. 144.

Par la création du second, c'est-à-dire le gage sur fonds de commerce, le législateur poursuit, en faveur d'abord de la petite bourgeoisie commerçante et industrielle, puis de tous les commerçants, un objectif analogue à celui qu'il avait voulu réaliser par la loi du 15 avril 1884 en faveur des agriculteurs : favoriser le développement des exploitations commerciales en fournissant à leurs titulaires un instrument de crédit par un gage sans dépossession sur les biens dont ils se servent dans leur exploitation⁶³⁵ passe pour l'objet de la loi du 25 octobre 1919 élargie et corrigée en 1936 dans cette perspective. En répondant ainsi aux besoins de nombre de petites et moyennes entreprises, la création du gage sur fonds de commerce présente un progrès sur le gage traditionnel⁶³⁶.

Cependant, du point de vue légistique, la législation du gage sur fonds de commerce demeure déplorable ; elle est constituée notamment d'un mélange de règles inspirées de la loi hypothécaire (articles 4 à 6 et article 9) et de la législation du gage commercial (article 12).

Déplorable, elle l'est, en outre, on l'a vu dans nos considérations précédentes y relatives, au regard de nombreuses difficultés liées d'abord à la constitution du gage sur fonds de commerce (absence de définition du fonds de commerce et d'une énumération exhaustive de ses éléments, absence de définition de l'assiette de la sûreté à la base des contours imprécis de son assiette) ; ensuite aux changements rencontrés par les biens formant l'assiette du gage sur fonds de commerce au cours de la période de latence, c'est-à-dire de la vie du gage (absence de dispositions précises concernant le déplacement abusif de tout ou partie des éléments du gage et le renouvellement de l'inscription) ; enfin à la réalisation du gage sur fonds de commerce (absence d'une élaboration d'une procédure de saisie globale du fonds de commerce, de prévention du mauvais résultat fréquent de la procédure de vente qui risque de conduire au démantèlement du fonds et du règlement des conflits de rang qui peuvent surgir avec d'autres titulaires de droits préférentiels portant sur des biens du fonds de commerce)⁶³⁷.

Tout ceci montre d'une part pourquoi une très importante partie de la jurisprudence consacrée au gage, au cours des deux dernières décennies, est relative au gage sur fonds de commerce,

⁶³⁵ *Ibid.*, pp. 144-145.

⁶³⁶ V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 170.

⁶³⁷ Voir, pour de plus amples informations, M. GREGOIRE, « Développements récents en matière de sûretés réelles », *loc. cit.*, pp.11 et s. ; I. MOREAU-MARGREVE, « Evolution du droit et de la pratique en matière de sûretés », *loc. cit.*, p. 145.

en tous ses aspects, et, d'autre part, pourquoi la faillite ou liquidation des biens en constitue le terrain de prédilection.

Bref, le créancier gagiste sur fonds de commerce n'est pas du tout à l'abri de la réduction au moment de la faillite de la valeur du fonds et de ses éléments constitutifs dans la mesure où, à ce moment, il ne reste plus souvent beaucoup de biens dans le fonds de commerce ; certains des biens qui le composent sont frappés d'obsolescence économique ; d'autres sont sortis du fonds de commerce du constituant sans que le créancier n'exerce le droit de suite pour diverses raisons, notamment l'ignorance de la situation. A ceci s'ajoute le fait que d'autres créanciers préférentiels l'emportent en rang⁶³⁸.

Toutes ces lacunes et son manque d'élaboration intrinsèque font du gage sur fonds de commerce une garantie de crédit fort aléatoire ; la garantie que confère ce gage à son bénéficiaire paraît dans la pratique jouer, comme garantie, un rôle assez marginal⁶³⁹.

Un auteur autorisé s'est dès lors demandé s'il ne faudrait pas supprimer des institutions qui ne répondent plus à leur raison d'être, alors au demeurant qu'elles n'ont pas répondu aux espoirs de leurs auteurs⁶⁴⁰. Tel est le cas ici du privilège agricole et surtout du gage sur fonds de commerce.

Ces gages sans dépossession devaient, on l'a dit, servir d'instruments de crédit : le premier, pour les exploitants agricoles depuis 1884 ; le second, pour les petits commerçants et industriels en 1919, pour tous les commerçants depuis 1936. Or, observe-t-on pertinemment⁶⁴¹, plus que d'instruments de crédit, ces gages qui portent sur des valeurs mouvantes et souvent fort réduites, en valeur du moins, au moment de leur réalisation, ne constituent-ils pas davantage des causes de dépendance pour ceux-là qu'on voulait secourir ? Ne doit-on dès lors pas se demander s'il est sain que, planant quasiment sur tous les moyens d'action actuels et futurs du constituant du gage, une garantie hypothèque à ce point la liberté de gestion de celui-ci ?

⁶³⁸ I. MOREAU-MARGREVE, « Evolution du droit et de la pratique en matière de sûretés », *ibid.*, p. 147.

⁶³⁹ *Idem*, p. 149 ; « Heurs et malheurs du gage sur fonds de commerce », *loc. cit.*, p. 169.

⁶⁴⁰ I. MOREAU-MARGREVE, « Faut-il réviser les dispositions du Code civil en matière de sûretés et dans l'affirmative, quelles seraient les grandes orientations d'une révision ? », *loc. cit.*, pp. 582-583.

⁶⁴¹ I. MOREAU-MARGREVE, « Faut-il réviser les dispositions du Code civil en matière de sûretés et dans l'affirmative, quelles seraient les grandes orientations d'une révision ? », *loc. cit.*, p. 583.

Nos considérations précédentes sur le gage sur fonds de commerce montrent clairement qu'il en va plus encore ainsi de ce dernier depuis que la Cour de cassation belge a admis que, bien que normalement exclues du fonds de commerce, les créances, valeurs et espèces peuvent y être intégrées par une clause de l'acte de gage, clause devenue, on l'a dit, très vite de style.

On s'est, en outre, posé la question de savoir, d'une part, comment soutenir le maintien d'une sûreté qui grève un bien que personne ne parvient à définir autrement qu'en pure théorie sans être à même de le repérer précisément dans la réalité non seulement quant à ses éléments constitutifs mais aussi quant à sa délimitation spatiale, aujourd'hui que l'ère des boutiquiers semble révolue⁶⁴², et, d'autre part, si le gage sur fonds de commerce ne serait pas relayé par d'autres moyens de financement⁶⁴³, qui connaissent un développement important en pratique.

Nous pensons, sans se faire trop d'illusion sur l'efficacité du gage sur fonds de commerce, que sa suppression n'est pas malgré tout opportune ; qu'elle ne doit pas être envisagée. Car les organismes de crédit sollicités, outre qu'ils y trouvent quand même l'espérance de recouvrer une partie de la créance en cas de non paiement et spécialement en cas de faillite, y voient encore un triple intérêt : le mécanisme assure, en raison de la publicité, une information réciproque sur l'existence des crédits consentis à un même commerçant ; il constitue un moyen habile et aisé de politique financière en « fidélisant » le client ; nombre de créanciers apprécient enfin le fait de disposer, en vertu du gage, d'un pouvoir de contrôle sur la gestion du fonds de commerce grevé⁶⁴⁴.

Etant donné qu'il comporte encore des avantages pour les créanciers bénéficiaires et qu'il permet encore aux petites et moyennes entreprises d'accéder au crédit, il nous semble plutôt indiquer de procéder à la refonte de la législation du gage sur fonds de commerce en vue de corriger ses lacunes susmentionnées et d'en faire ainsi une sûreté efficace. Pour cela, le législateur belge pourrait, pensons nous à l'instar de Mme MOREAU-MARGREVE⁶⁴⁵, s'inspirer du droit français, qui est autrement évolué en cette matière que le droit belge, et de sa jurisprudence. Il tirerait, en outre, utilement profit de leçons du droit uniforme OHADA

⁶⁴² *Idem*, p. 583.

⁶⁴³ L'on peut penser notamment aux contrats de leasing et de factoring (I. MOREAU-MARGREVE, « Heurs et malheurs du gage sur fonds de commerce », *loc. cit.*, p. 170).

⁶⁴⁴ I. MOREAU-MARGREVE, « Evolution du droit et de la pratique en matière de sûretés », *loc. cit.*, pp. 149-150.

⁶⁴⁵ I. MOREAU-MARGREVE, « Heurs et malheurs du gage sur fonds de commerce », *loc. cit.*, p. 169.

relatif aux sûretés, qui lui-même s'inspire du droit français tout en consacrant des solutions nouvelles.

Pour que cet objectif se réalise, il faudrait notamment⁶⁴⁶ :

- définir clairement le fonds de commerce ainsi que son assiette en la fixant d'autorité ;
- mettre en place des mesures de protection efficace du créancier gagiste en tenant compte cependant de la nécessité de ne pas entraver exagérément la gestion du fonds (en organisant l'inopposabilité des actes anormaux de gestion, en écartant l'article 2279 du Code civil en cas de prise de possession par un tiers d'un bien durable du fonds de commerce, ...) ;
- imposer un mode adéquat de saisie de l'ensemble d'un fonds de commerce composé des éléments énumérés au texte et existant concrètement dans tel fonds donné et trancher les conflits – du moins les plus fréquents – entre créanciers gagistes et autres préférentiels ;
- concilier les intérêts du créancier gagiste sur fonds de commerce avec ceux des autres créanciers, préférentiels ou non, particulièrement en cas de faillite.

Pareille réforme, portant sur des biens *ut singuli*, outre qu'elle atténuerait le risque de dépendance stigmatisé ci-dessus à propos du gage sur fonds de commerce, écarterait pour le bénéficiaire de la sûreté le risque de perte du gage qu'il court en cas de cessation de l'activité professionnelle du constituant aussi bien du gage sur fonds de commerce que du privilège agricole⁶⁴⁷.

Pour que les droits français et uniforme OHADA, proposés comme modèles, puissent véritablement inspirer le législateur belge, il faut évidemment qu'ils échappent eux-mêmes aux critiques formulées ci-dessus au sujet de la réglementation belge du gage sur fonds de commerce et même du privilège agricole.

En effet, le modèle français ne se veut pas parfait, car, bien que le nantissement sur fonds de commerce soit très pratiqué en France, il y constitue néanmoins une sûreté peu prisée dans le monde des affaires ; cette mésestime tient à une raison juridique, la priorité du Trésor (priorité

⁶⁴⁶ *Idem*, p. 169.

⁶⁴⁷ Dans ce sens, I. MOREAU-MARGREVE, « Faut-il réviser les dispositions du Code civil en matière de sûretés et dans l'affirmative, quelles seraient les grandes orientations d'une révision ? », *loc. cit.*, p. 583.

qui ne peut pas être contournée par l'attribution judiciaire) et surtout à une raison économique, qui pourrait se vérifier même en droit uniforme : la valeur du fonds est fonction de son aptitude à générer des bénéfices, aptitude qui risque d'être faible ou nulle lorsque la réalisation se révèle nécessaire⁶⁴⁸.

Il en résulte que c'est surtout à cause de sa précision et sa clarté que le régime français du nantissement pourrait servir de modèle au droit belge en la matière. Les éléments ci-après de son régime peuvent être cités en appui à cette position⁶⁴⁹ :

- le nantissement sur fonds de commerce est constitué par acte authentique ou par acte sous seing privé enregistré ;
- son assiette est clairement définie : elle comprend nécessairement l'enseigne et le nom commercial, le droit au bail (s'il y a lieu), la clientèle et l'achalandage ; la convention des parties peut l'étendre aux brevets, aux marques de fabrique et aux autres éléments incorporels, ainsi qu'au matériel et à l'outillage à condition qu'ils ne soient pas immeubles par destination ;
- le nantissement ne peut jamais porter sur les marchandises⁶⁵⁰ ;
- la publicité doit être organisée dans les quinze jours de l'acte et à défaut celui-ci est nul ;
- le créancier nanti est privé de deux prérogatives reconnues au titulaire du gage ordinaire : le droit de rétention (car il ne détient pas le fonds) et la faculté de demander l'attribution judiciaire qui lui est expressément refusée ;
- le créancier nanti bénéficie d'un droit de préférence (il prime les privilèges du droit civil mais passe après le privilège des frais de justice et les privilèges fiscaux et en cas de conflit entre titulaires d'une même sûreté sans dépossession, il est naturellement dénoué par l'ordre des dates d'inscription) et d'un droit de suite dont l'acquéreur peut s'affranchir par une procédure de purge que le législateur a calquée sur celle de l'hypothèque immobilière ;
- le législateur pose des règles destinées à réprimer le constituant qui fait disparaître des éléments du fonds, qui déplace à son gré le fonds et résilie à gré le bail.

⁶⁴⁸ V. M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, 7^e éd., p. 589.

⁶⁴⁹ *Idem*, pp. 589-590 ; J.-B. SEUBE, *op. cit.*, 2^e éd., pp. 147-149.

⁶⁵⁰ Cette limitation est importante pour les autres créanciers et particulièrement les créanciers chirographaires au regard de l'importance de la valeur des marchandises. L'on se souviendra d'ailleurs que c'est en vue de ne pas épuiser la totalité du crédit du débiteur que la loi du 25 octobre 1919 précitée limite la possibilité d'inclure les stocks dans l'assiette du gage sur fonds de commerce à 50 % de leur valeur.

Les règles de constitution et de réalisation, conditions d'efficacité d'une sûreté, sont donc ici bien posées par la loi du 17 mars 1909, devenue articles L. 142-1 et suivants du Code de commerce⁶⁵¹. Elles répondent en tout cas aux conditions de réalisation de l'objectif de réforme en droit belge des sûretés susmentionnées.

Le droit uniforme OHADA énumère, on l'a vu, de manière limitative les nantissements sans dépossession qu'il organise (article 63 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés).

En ce qui concerne le nantissement du fonds de commerce, objet de cette étude, on peut observer que le législateur OHADA n'a pas beaucoup innové en la matière. Reprenant, pour l'essentiel, les dispositions de la loi française du 17 mars 1909 dite loi CORDELET, du nom de son initiateur, il s'est contenté d'y apporter quelques correctifs que souhaitait déjà la doctrine et consacrer des solutions dégagées par la jurisprudence dans l'application de cette loi⁶⁵². C'est en cela d'ailleurs qu'il peut inspirer le législateur belge soucieux de corriger les lacunes et imperfections de sa législation sur le gage sur fonds de commerce.

Pour se rendre compte du rapprochement des droits français et uniforme OHADA en la matière et des innovations de ce dernier, qui peuvent inspirer le législateur belge, on peut notamment constater que le législateur OHADA définit clairement les éléments obligatoires⁶⁵³, facultatifs⁶⁵⁴ et exclus⁶⁵⁵ de l'assiette du nantissement (article 69 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés). Sans exclure expressément les marchandises du nantissement du fonds de commerce, on soutient, on l'a dit et justifié ci-dessus, qu'elles doivent en être exclues et qu'elles ne peuvent qu'être nanties séparément au regard de l'article 63 *in fine*.

En ce qui concerne la forme du nantissement du fonds de commerce, le législateur OHADA prévoit le nantissement conventionnel, qui peut être établi par acte authentique ou sous seing privé dûment enregistré (article 70), tout en précisant, contrairement au législateur français de

⁶⁵¹ On peut se référer aussi à la loi du 5 juillet 1996, en son article 22, qui prévoit le nantissement du fonds artisanal.

⁶⁵² Fr. ANOUKAHA et al., *op. cit.*, p. 103.

⁶⁵³ Ce sont : la clientèle, l'enseigne, le nom commercial, le droit au bail et les licences d'exploitation (article 69-1).

⁶⁵⁴ Ce sont : les brevets d'invention, les marques de fabrique et de commerce, les dessins et modèles, ... (article 69-2).

⁶⁵⁵ Ce sont : les droits réels immobiliers conférés ou constitués par des baux ou des conventions soumises à inscription au livre foncier (article 69-3).

1909, le contenu de cet acte et, à l'instar du droit français, qu'une clause spéciale (article 69-2, alinéa 2) du contrat doit faire mention des éléments facultatifs qui font objet du nantissement, et le nantissement judiciaire, organisé, comme dans le droit français, sur le modèle de l'hypothèque judiciaire provisoire.

S'agissant de l'inscription du nantissement, le législateur OHADA organise une publicité indispensable pour l'opposabilité de la sûreté aux tiers. Une inscription doit, en effet, être faite aussitôt que la sûreté est constituée (inscription initiale) et une autre doit être prise en cas de survenance d'événements ayant trait à la sûreté (inscription subséquente). Cette inscription confère au créancier un droit de préférence (article 90, alinéa 2), un droit de suite (article 89) et un droit à l'information sur la situation du fonds grevé.

Il sied de relever toutefois que le droit uniforme OHADA ne protège malheureusement pas le créancier inscrit contre le changement d'exploitation et la saisie des éléments du fonds. Cette lacune, qui ne lui ôte pas ses mérites, mérite d'être comblée en s'inspirant des enseignements du droit français en la matière qui protège mieux le créancier inscrit contre ces risques⁶⁵⁶.

Il apparaît, au regard de ce qui précède, que le gage sur fonds de commerce ne devrait pas être supprimé en droit belge comme le souhaite Mme MOREAU-MARGREVE estimant non sans pertinence, comme on l'a dit, que « non seulement cette sûreté se réfère à une notion aujourd'hui dépassée par celle d'entreprise mais, dans la pratique, pour le commerçant qui la constitue pour obtenir du crédit, elle se révèle plus tyrannique que bénéfique, et pour les autres créanciers, privilégiés généraux ou chirographaires, anormalement envahissante »⁶⁵⁷.

Sa suppression totale – dont l'impact sur la situation des créanciers chirographaires n'est plus à démontrer – nous paraît même, par rapport à nos considérations précédentes, inopportune⁶⁵⁸ raison pour laquelle nous proposons deux options au législateur belge :

⁶⁵⁶ Voir les lois du 12 mai 1965 et 16 juillet 1971, pour le changement d'exploitation, et l'article 20 de la loi de 1909, pour la saisie des éléments du fonds.

⁶⁵⁷ I. MOREAU-MARGREVE, Intervention à la journée d'études organisée le 27 octobre 1994 par la C.D.V.A. de la Faculté de droit de Liège, *L'entreprise en difficulté : vers un nouveau droit*, 1995, p. 152.

⁶⁵⁸ M. PARDON, dans son intervention à la journée d'études organisée le 27 octobre 1994 par la C.D.V.A. de la Faculté de droit de Liège, *L'entreprise en difficulté : vers un nouveau droit*, p. 186, observe d'ailleurs à ce sujet que « ...Notre législation [la législation belge] sur le gage sur fonds de commerce a été inventée à l'époque pour faciliter le crédit aux petites et moyennes entreprises. Ce n'est pas le banquier qui souffrira d'une suppression du gage sur fonds de commerce. Il fera crédit à l'Etat qui en a bien besoin, et qui malgré ses 130 % de dettes par rapport au produit national brut, est encore capable de payer. Il fera crédit aux grandes entreprises. C'est là que

- soit réformer le régime du gage sur fonds de commerce sur le modèle des droits français et uniforme OHADA en la matière en vue d'assurer une meilleure protection d'une part au constituant du gage et au créancier bénéficiaire et, de l'autre, aux tiers en cas de concours né de la faillite ou liquidation des biens. Ce n'est pas ignorer pour autant le mérite de sa suppression sur les créanciers chirographaires, qui ne pourront bénéficier alors, par cette réforme, notamment que de l'exclusion des marchandises et des immeubles par destination économique de l'assiette de ce gage consacrée aussi bien en droit français qu'en droit uniforme et de la systématisation générale du régime du gage sur fonds de commerce.
- Soit le remplacer par un privilège général venant juste après les privilèges généraux des frais de justice, des frais funéraires, des frais de dernière maladie et des travailleurs et portant au maximum sur la moitié des biens⁶⁵⁹. Cette option – qui cadre mieux avec le souhait de notre recherche au regard de ses implications éventuelles sur le sort des chirographaires – réserve une partie de l'actif du débiteur aux autres créanciers. Elle a, en outre, le mérite d'inciter les organismes de crédit à mieux contrôler la situation financière de l'entreprise avant tout engagement, à assigner des limites raisonnables au crédit et de garantir aux entreprises un crédit qui ne les met pas à la merci des organismes de crédit.

Toujours dans cette optique de politique juridique, il faudrait non seulement penser à une réforme de cette institution mais aussi réfléchir sur la généralisation des gages sans dépossession sur les biens meubles qui servent à des activités professionnelles dès lors que leur identification est possible et leur valeur suffisamment assurée⁶⁶⁰, comme l'a fait le législateur uniforme.

c) Appendice : l'antichrèse

se situe le véritable problème... Si on démantelait le système des sûretés, on verrait des petites et moyennes entreprises disparaître. »

⁶⁵⁹ Dans ce sens, H. LINON, « La loi sur les faillites et l'évolution qu'elle mérite (Réflexions d'un curateur) », *J.C.B.*, 1968, p. 553.

⁶⁶⁰ Dans ce sens, I. MOREAU-MARGREVE, « Faut-il réviser les dispositions du Code civil en matière de sûretés et dans l'affirmative, quelles seraient les grandes orientations d'une révision ? », *loc. cit.*, p. 583.

Il a été dit ci-avant que le nantissement, terme générique, constitue un genre qui comprend deux espèces : le gage portant sur des meubles, l'antichrèse portant sur des immeubles⁶⁶¹ (article 2072 du Code civil).

L'antichrèse (ou nantissement d'un immeuble) est tombée en désuétude ; elle constitue une sûreté archaïque. Elle n'est pas utilisée en Belgique⁶⁶² ; l'hypothèque lui est préférée car elle constitue, pour le créancier, une sûreté équivalente sans présenter, pour le débiteur, l'inconvénient majeur de la dépossession de l'immeuble grevé, pendant la durée de la garantie⁶⁶³.

On admet aussi que l'état bâclé des textes⁶⁶⁴ régissant cette sûreté peut justifier qu'il soit peu recouru à cette dernière ; ses textes furent, estime-t-on, rédigés en dernière minute par les auteurs du Code civil de 1804 pour contenter des tribunaux qu'avait énervés l'absence, dans le projet de Code, de dispositions visant cette forme de garantie coutumière dans certaines régions⁶⁶⁵.

En outre, paradoxalement pour une sûreté réelle, l'antichrèse n'accorde pas droit de préférence au créancier sur le prix de réalisation du bien grevé. Le créancier est, sans plus, en droit de percevoir les revenus de l'immeuble, qui lui sont réservés (article 2085 du Code civil). Il exerce en plus le droit de rétention (article 2087, alinéa 1^{er}, du Code civil).

Il résulte de cet état rudimentaire des textes, de contradictions qu'ils recèlent et de l'inutilité de l'antichrèse en raison de l'existence de la sûreté sur immeubles sans dessaisissement qu'est l'hypothèque que le législateur belge pourrait sans crainte, à l'instar du législateur OHADA, faire l'économie de textes relatifs à l'antichrèse⁶⁶⁶.

⁶⁶¹ I. MOREAU-MARGREVE, « Evolution du droit et de la pratique en matière de sûretés », *loc. cit.*, p. 131 ; « Faut-il réviser les dispositions du Code civil en matière de sûretés et dans l'affirmative, quelles seraient les grandes orientations d'une révision ? », *ibid.*, p. 596 ; Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 126.

⁶⁶² Elle ne l'est pas non plus en France (M. CABRIILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, 7^e éd., pp. 674 et s.).

⁶⁶³ V. Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 126. Voir également, I. MOREAU-MARGREVE, « Evolution du droit et de la pratique en matière de sûretés », *ibid.*, p. 131.

⁶⁶⁴ On peut relever notamment la présence des dispositions contradictoires (articles 2086 et 2091 du Code civil) rendant difficile la détermination de la nature du droit qu'aurait l'antichrésiste sur le bien lui-même (I. MOREAU-MARGREVE, « Evolution du droit et de la pratique en matière de sûretés », *ibid.*, p. 131).

⁶⁶⁵ I. MOREAU-MARGREVE, « Evolution du droit et de la pratique en matière de sûretés », *ibid.*, p. 131 ; « Faut-il réviser les dispositions du Code civil en matière de sûretés et dans l'affirmative, quelles seraient les grandes orientations d'une révision ? », *ibid.*, p. 596

⁶⁶⁶ Dans ce sens, I. MOREAU-MARGREVE, « Faut-il réviser les dispositions du Code civil en matière de sûretés et dans l'affirmative, quelles seraient les grandes orientations d'une révision ? », *loc. cit.*, p. 597. Voir

Force est de constater cependant que la suppression de l'antichrèse est loin d'améliorer le sort des créanciers chirographaires et même celui des créanciers titulaires de sûretés en cas de faillite ou liquidation des biens pour la simple raison que cette sûreté est inexistante dans ces procédures collectives.

On aura constaté, en bref, à l'issue de cette analyse, qu'il s'impose, du point de vue légistique en tout cas, particulièrement en droit belge et en matière de gage et de nantissement sans dépossession, un effort de systématisation, qui pourrait utilement s'inspirer, à certains égards, de droits français et uniforme OHADA.

2°. De l'assainissement des privilèges spéciaux

a) Les privilèges spéciaux sur meubles

L'Acte uniforme portant organisation des sûretés règle un point délicat : le conflit relatif aux privilèges mobiliers spéciaux portant sur les mêmes meubles. Point n'est besoin de dire que les solutions du droit belge⁶⁶⁷ et même du droit français⁶⁶⁸ à cet égard étaient et sont encore complexes. D'où l'importance de la solution adoptée par le législateur OHADA, qui a le mérite sur le principe utilisé en droit belge par certains, et qualifié par Mme MOREAU-MARGREVE d'absolument hérétique puisque contraire à l'article 13 de la loi hypothécaire et d'ailleurs aux applications légales, selon lequel le privilégié qui dispose de l'assiette la plus large devrait laisser la première place au privilégié qui a une assiette plus étroite⁶⁶⁹.

Cette solution est, en effet, clairement exprimée par l'article 109, alinéa 1, de l'Acte uniforme sur les sûretés qui dispose que « *les créanciers titulaires de privilèges spéciaux ont, sur les*

également, M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, 7^e éd., p. 675, qui pensent, quant à eux, qu'il est malgré tout prudent de prêter une certaine attention à l'antichrèse.

⁶⁶⁷ V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 219, qui relève que le législateur belge ne règle pas le rang de tous les différents privilèges spéciaux sur meubles en dépit de la fréquence des conflits entre créanciers privilégiés spéciaux et de l'hésitation et de l'abondance de la jurisprudence ; I. MOREAU-MARGREVE, « Evolution du droit et de la pratique en matière de sûretés », *loc. cit.*, p. 108, qui note que la jurisprudence relative aux privilèges spéciaux sur meubles est abondante, concernant tant l'interprétation des textes qui visent l'un ou l'autre d'entre eux que le règlement de leur conflit. Il en est ainsi parce qu'en droit belge, en cas de conflit, c'est aux dispositions spéciales de la loi qu'il faut se référer ou, en cas de silence, à la délicate pesée des qualités respectives des privilèges entrant en concurrence (J. Van COMPERNOLLE, « Les sûretés réelles en droit belge », *loc. cit.*, p. 100).

⁶⁶⁸ V. M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, 7^e éd., pp. 525 et s.

⁶⁶⁹ I. MOREAU-MARGREVE, « Evolution du droit et de la pratique en matière de sûretés », *loc. cit.*, p. 109.

meubles qui leur sont affectés comme assiette par la loi, un droit de préférence qu'ils exercent, après saisie, selon les dispositions prévues par l'article 149 ci-après ». Dorénavant, en droit uniforme, une seule règle de solution de tels conflits a été retenue : la préférence est accordée au premier saisissant et, après lui, aux saisissants et opposants ultérieurs par application de l'article 149-6°, de l'Acte uniforme précité (préférence au premier saisissant)⁶⁷⁰.

Il en résulte que les créanciers titulaires de ces privilèges ne sont pas classés entre eux par la nature de leurs créances mais par l'initiative de saisie qu'ils prennent⁶⁷¹.

L'alinéa 2 de l'article 109 dudit Acte uniforme précise en outre que le droit de préférence ainsi consacré s'exerce aussi, par subrogation, sur l'indemnité d'assurance du meuble qui a péri ou disparu, tant qu'elle n'a pas été payée.

Un autre pas a été franchi par le législateur uniforme : il détermine de façon exhaustive et claire, contrairement aux législateurs belge et même français, les privilèges mobiliers spéciaux (tout comme les privilèges généraux du reste). Tel n'était pas le cas, on s'en doute, avant l'Acte uniforme relatif aux sûretés, car la liste des privilèges spéciaux sur meubles était, à l'instar des droits belge et français, difficile à établir avec exactitude, leur nombre étant indéfinissable en raison de la dispersion des textes qui les avaient créés (en plus du Code civil, source principale de ces privilèges, il fallait compter avec de nombreux textes spéciaux extérieurs à ce Code)⁶⁷².

Pareille systématisation s'impose aujourd'hui dans les droits précités. Pour y arriver, le législateur OHADA a dû procéder à un toilettage de la liste des privilèges mobiliers spéciaux (articles 109 à 116) pour en écarter ceux qui ne correspondaient plus à rien dans la vie économique moderne⁶⁷³ ou réduire l'importance de ceux qui étaient excessifs⁶⁷⁴.

Il va sans dire que ces deux options sont importantes et que c'est surtout cette dernière option qui peut avoir un impact majeur sur la situation des créanciers chirographaires.

⁶⁷⁰ V. J. ISSA-SAYEGH, « Acte uniforme du 17 avril 1997 portant organisation des sûretés », *loc. cit.*, p. 666.

⁶⁷¹ Fr. ANOUKAHA et al., *op. cit.*, p. 153.

⁶⁷² Fr. ANOUKAHA et al., *op. cit.*, p. 154.

⁶⁷³ Par exemple, le privilège de l'hôtelier sur les effets apportés par son client.

⁶⁷⁴ Par exemple, le privilège du bailleur d'immeuble ne garantit plus que douze mois avant et douze mois après la saisie de loyers impayés.

Leur nombre a donc été réduit à sept dans l'Acte uniforme portant organisation des sûretés sans que, pour autant, il soit interdit aux Etats parties d'en créer d'autres ou de maintenir ceux qui ne sont pas cités dans l'Acte uniforme. Cela est, heureusement, sans inconvénient dans la mesure où le rang des privilèges mobiliers spéciaux (présents et à venir) est définitivement fixé dans l'article 149-6°, de l'Acte uniforme précité, non seulement par rapport aux autres créanciers, mais aussi entre eux par la préférence accordée au premier saisissant⁶⁷⁵. On comprend alors l'importance de cette solution adoptée par le législateur OHADA surtout dans les procédures collectives sous examen.

On ne peut manquer de souligner aussi que, comme en droit belge, la liste des privilèges mobiliers spéciaux de l'Acte uniforme relatif aux sûretés demeure hétéroclite. Pour des raisons essentiellement pédagogiques, ils peuvent néanmoins être classés en trois catégories sans que cette classification⁶⁷⁶ ait un quelconque intérêt pratique pour l'ordre des créanciers qui en sont bénéficiaires. Nous allons les parcourir brièvement en vue de voir les points qui méritent d'être assainis dans l'intérêt des créanciers chirographaires.

- **Le privilège mobilier spécial reposant sur le fondement de la conservation du patrimoine du débiteur : cas du privilège du conservateur (articles 116 de l'Acte uniforme relatif aux sûretés et 20, 4°, de la loi hypothécaire)**

En droit uniforme comme en droit belge, toute chose peut être conservée pourvu qu'elle soit mobilière ; elle peut être un meuble corporel, incorporel, animée ou non. Aussi faut-il qu'il s'agisse d'un bien déterminé et non le patrimoine tout entier ou une universalité des biens.

C'est pour cette raison qu'on note pertinemment qu'à peine d'interpréter extensivement le texte, il faut refuser le bénéfice du privilège aux interventions qui ont pour effet de permettre la continuation d'une entreprise ou de conserver une universalité dont la composition peut

⁶⁷⁵ Fr. ANOUKAHA et al., *ibid.*, p. 154.

⁶⁷⁶ Cette classification a été également suivie par Fr. ANOUKAHA et al., *ibid.*, pp. 155 et s.

varier⁶⁷⁷ et qu'est condamnée la jurisprudence qui perd de vue que le privilège des frais de conservation est un privilège spécial, qui ne peut grever le patrimoine tout entier du débiteur – même à s'en tenir aux meubles⁶⁷⁸. Il s'agit là d'une précision qui vaut la peine pour les créanciers chirographaires et même pour les autres créanciers et qui conduit à refuser le privilège des frais de conservation chaque fois qu'il est sans assiette définie.

Les frais visés sont ceux qui ont été exposés pour conserver la chose. On doit noter à cet égard qu'ils ne devraient être privilégiés que s'ils sont efficaces et seulement vis-à-vis des créanciers auxquels ils ont profité⁶⁷⁹. Il en résulte qu'on devrait exclure les frais de conservation dont l'utilité est nulle pour les créanciers du failli⁶⁸⁰.

La notion de conservation, qui est le fondement de ce privilège, a suscité des controverses doctrinales et des hésitations jurisprudentielles dans le droit antérieur⁶⁸¹ que la rédaction de l'article 116 de l'Acte uniforme relatif aux sûretés tente de faire disparaître ou de réduire. Tant mieux, car bien que la souveraineté des juges du fond pour l'apprécier ne fasse aucun doute, elle ne peut s'exercer que si elle repose sur des critères sûrs⁶⁸².

En effet, dans une conception stricte et minimale qui est acceptée unanimement, la conservation s'entend de l'action consistant à éviter à la chose sa disparition physique ou matérielle, totale ou partielle⁶⁸³. Peu importe que le danger suscite l'urgence ou non ; la seule nécessité de l'intervention pour obtenir la conservation du bien suffit⁶⁸⁴.

Cette interprétation permet de distinguer aisément l'acte de conservation, d'une part, de celui de création ou d'amélioration qui introduit une plus-value dans le patrimoine du débiteur et,

⁶⁷⁷ Dans ce sens, J. CAEYMAEX, « le privilège des frais de conservation », *J.L.M.B.*, 1988, p. 859, qui cite, en appui de cette thèse, les décisions jurisprudentielles ci-après : Bruxelles, 3 octobre 1967, *Pas.*, 1968, II, 60 ; Cass., 24 avril 1986, *J.T.*, 1987, p. 84.

⁶⁷⁸ Fr. T'KINT, *op. cit.*, pp. 266. Voir, pour les décisions tolérantes pour les intervenants de dernière minute, P. COPPENS et Fr. T'KINT, « Examen », *loc. cit.*, 1997, n° 85, p. 421 ; 1984, n° 118, p. 571 ; 1991, n° 154, p. 572 ; et 1997, n° 110, p. 414.

⁶⁷⁹ Y. DUMON, « Des faillites, banqueroutes, sursis et concordats. Evolutions – Tendances et souhaits de réformes », *loc. cit.*, p. 188.

⁶⁸⁰ B. ERNST DE LA GRAETE, « Aspects du droit des sûretés. Classement des privilèges mobiliers », *loc. cit.*, p. 750.

⁶⁸¹ On peut lire, pour s'en rendre compte, notamment, M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, 7^e éd., p. 549, qui note, en rapport avec la conservation, que les frontières du privilège ne peuvent pas être dégagées avec précision d'une jurisprudence abondante mais tâtonnante et qui se dérobe à la systématisation ; Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 260, qui note que ce privilège est l'objet d'un important contentieux.

⁶⁸² Fr. ANOUKAHA et al., *op. cit.*, p. 156.

⁶⁸³ *Idem*, p. 156.

⁶⁸⁴ M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, 7^e éd., p. 549.

d'autre part, de celui de réparation ou d'entretien qui permet de garder la chose en bon état ou de la remettre en fonctionnement⁶⁸⁵.

Pareille conception strictement physique de la conservation avait déjà été fustigée dans le droit antérieur et certains auteurs⁶⁸⁶ ainsi que la jurisprudence, non sans controverses ni hésitation, avaient suggéré de la compléter par une notion économique : la préservation de l'utilité de la chose. C'est ce qu'ont consacré le droit OHADA en disposant que l'acte de conservation est également celui qui sauvegarde l'usage auquel est destinée la chose et la jurisprudence belge par un important arrêt du 9 mars 1972⁶⁸⁷ par lequel la Cour de cassation a interprété très largement la notion de « frais faits pour la conservation de la chose », qui constitue les créances garanties ; il ne s'agit plus seulement, au regard de cet arrêt, de « toutes les dépenses sans lesquelles la chose eût péri totalement ou partiellement » - acception restrictive des termes de l'article 20, 4°, de la loi hypothécaire traditionnellement retenue auparavant – mais aussi des frais sans lesquels la chose « serait devenue impropre à l'usage auquel elle est destinée »⁶⁸⁸.

Cependant, la controverse ancienne n'est pas close, en droit belge, car, observe-t-on, à celle-ci se substitue une nouvelle, tout autant délicate distinguant les frais exposés en vue de l'« usage » de la chose de ceux relatifs à son utilisation et considérant que seuls les premiers constituent des frais de conservation au sens de l'article 20, 4°, précité⁶⁸⁹.

On peut se demander en outre de quel usage s'agit-il. En effet, l'usage générique de la chose est à prendre en considération, c'est-à-dire celui qui est commun à tous les meubles du même genre (pour un véhicule automobile de rouler, pour un navire de naviguer, pour un séchoir de sécher, ...). Il en résulte que les frais de conservation exposés pour sauver l'usage générique de la chose sont privilégiés (remplacement du moteur de ces engins ou de cet appareil)⁶⁹⁰.

Mais ne faut-il pas également tenir compte de l'usage spécifique d'une chose, qui s'ajoute à l'usage générique, sans lequel le bien n'a plus la fonction économique à laquelle il est destiné

⁶⁸⁵ Fr. ANOUKAHA et al., *ibid.*, p. 156 ; Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 262.

⁶⁸⁶ Voir notamment, M. CABRILLAC et C. MOULY, *ibid.*, pp. 549 et s.

⁶⁸⁷ *Pas.*, 1972, I, p. 641 ; *J.T.*, 1972, p. 406 et obs. R. SOREL ; *R.W.*, 1972-1973, col. 302.

⁶⁸⁸ V. Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 260.

⁶⁸⁹ V. I. MOREAU-MARGREVE, « Evolution du droit et de la pratique en matière de sûretés », *loc. cit.*, p. 108 et références citées.

⁶⁹⁰ V. Fr. ANOUKAHA et al., *op. cit.*, pp. 156-157.

(camion frigorifique équipé pour le transport de vivres frais ; navire équipé pour la pêche ou pour l'exploration des fonds marins, un autobus équipé pour le transport des malades, ...) ? Les auteurs qui se posent cette question s'empressent de constater qu'une telle extension de la notion d'usage est difficile à appliquer en raison de sa subjectivité, aussi faut-il la subordonner à une exigence économique impérieuse ou légale impérative : ainsi serait un acte de conservation la réparation d'un circuit frigorifique installé pour le transport de vivres frais et non celle de la climatisation d'un bus de tourisme qui n'a qu'une fonction de confort pour les passagers et de meilleure rentabilité pour l'exploitant⁶⁹¹.

Force est donc de constater que le législateur OHADA ainsi que la jurisprudence belge et même française⁶⁹² en élargissant le domaine du privilège du conservateur, accordé désormais non plus seulement à celui qui a empêché la disparition de la chose, mais aussi à celui qui en a conservé l'usage, le font au détriment des créanciers chirographaires dont le sort est aggravé et des autres créanciers du débiteur failli primés par le bénéficiaire de ce privilège ; ils renforcent par ailleurs le contentieux existant en la matière au lieu de le résoudre⁶⁹³.

Il serait dès lors souhaitable, au regard de ce qui précède, de ne retenir que la conception physique de la conservation dans les ordres juridiques précités et donc de procéder, de cette manière, à une limitation des bénéficiaires de ce privilège.

- **Les privilèges mobiliers spéciaux reposant sur le fondement de l'introduction d'une valeur dans le patrimoine du débiteur**

Alors que le droit uniforme organise, sur ce fondement, le privilège du vendeur de meubles, celui du travailleur d'un exécutant à domicile et celui des travailleurs et fournisseurs des entreprises de travaux, le droit belge, en revanche, régleme le privilège du vendeur de meubles, celui des frais de la récolte, de la vente ou entretien des « ustensiles » servant à une exploitation agricole et celui des travailleurs, sous-traitants et fournisseurs.

- **Le privilège du vendeur de meubles**

⁶⁹¹ *Idem*, p. 157.

⁶⁹² V. M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, 7^e éd., pp. 550-551.

⁶⁹³ Dans ce sens, M. GRIMALDI, « L'Acte uniforme portant organisation des sûretés », *loc. cit.*, p. 33.

Il est consacré clairement, en droit uniforme, par l'article 110 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés⁶⁹⁴. L'article 20, 5°, de la loi hypothécaire l'organise, pour sa part, en droit belge⁶⁹⁵.

Il appartient ici et là au vendeur proprement dit mais aussi à l'échangiste créancier d'une soulte par application de l'article 1707 du Code civil qui renvoie aux règles de la vente.

Il est, en outre, admis ici et là que ce privilège est attaché à la créance de prix du vendeur, en principal et accessoires⁶⁹⁶. Dans l'intérêt des créanciers chirographaires, nous pensons qu'il serait souhaitable de limiter le privilège du vendeur de meubles à la moitié du prix et accessoires.

Cette réduction de la créance garantie, qui devra profiter aux créanciers ordinaires, incitera les vendeurs d'effets mobiliers à mieux mesurer leurs risques, de même que l'organisme qui finance l'opération⁶⁹⁷. Mesurant les conséquences de cette réforme, un auteur a pertinemment observé que « les possibilités de crédit, tout en demeurant importantes, demeureront rationnelles et contribueront à l'expansion normale d'une entreprise »⁶⁹⁸.

Des conditions ont par ailleurs été instituées pour bénéficier de ce privilège : le bien doit être en la possession de l'acquéreur et doit se trouver en nature et à l'identique dans le patrimoine du débiteur. Elles ne manquent pas de soulever des questions.

Les solutions du droit uniforme exposées ci-dessus permettent de répondre à la question de savoir qu'est-ce qu'il en est si la chose vendue est fongible et se trouve mêlée à d'autres choses de même genre sans transformation (briques, ciment, ferrailles, ...).

Nous sommes d'avis que bien qu'il soit difficile, voire impossible de distinguer les choses vendues et impayées de la masse des autres de même nature, il semble encore possible pour le

⁶⁹⁴ Cet article dispose que « le vendeur a, sur le meuble vendu, un privilège pour garantie du paiement du prix non payé, s'il est encore en la possession du débiteur ou sur le prix encore dû par le sous-acquéreur ».

⁶⁹⁵ Il est ainsi énoncé par l'alinéa premier de cette disposition : « le prix d'effets mobiliers non payés, s'ils sont encore en la possession du débiteur, soit qu'il ait acheté à terme ou sans terme ».

⁶⁹⁶ Voir notamment, Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 240.

⁶⁹⁷ Dans ce sens, H. LINON, « La loi sur les faillites et l'évolution qu'elle mérite (Réflexions d'un curateur) », *J.C.B.*, 1968, p. 553.

⁶⁹⁸ *Idem*, p. 553.

vendeur d'exercer son privilège⁶⁹⁹. Cependant, la solution n'est plus aisée si plusieurs créanciers prétendent au même privilège sur la même masse de choses. En ce cas, le conflit sera réglé, en droit uniforme, conformément à l'article 149-6° de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés. Nous pensons que la préférence sera reconnue, en droit belge également, en l'absence d'une règle contraire, au premier saisissant et ainsi de suite. D'où la nécessité de consacrer expressément cette solution ici.

On ne perdra pas de vue par ailleurs qu'en cas de liquidation des biens, le privilège du vendeur de meubles subit quelques aménagements portés par les articles 104 à 106 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif relatifs aux droits du vendeur de meubles que nous avons déjà eu l'occasion de commenter.

Le droit belge se révèle, en revanche, complexe en la matière au point qu'un éminent auteur a pu écrire que le système belge « ... oblige les esprits les plus distingués à expliquer tour à tour pourquoi le vendeur doit avoir des garanties et pourquoi il doit en être privé quand il en a besoin »⁷⁰⁰ ; que le problème du vendeur impayé « est devenu une affaire d'initiés... »⁷⁰¹.

En effet, l'ancien droit belge comportait une disposition protectrice des intérêts des créanciers chirographaires. Celle-ci – article 546 du Code de commerce (abrogé par la loi du 8 août 1997 sur les faillites) – privait le vendeur de son privilège, s'il avait déjà livré le bien vendu, en cas de faillite de l'acheteur. Le législateur, en édictant cette sanction paradoxale qui conduisait, en pratique, à supprimer le privilège chaque fois qu'il présentait une réelle utilité, avait délibérément sacrifié les fournisseurs à la masse des créanciers⁷⁰².

Mais la perte du privilège connaissait une exception : le vendeur de machines, appareils, outillage, et autre matériel d'équipement professionnel employés dans les entreprises industrielles, commerciales ou artisanales conservait son privilège, malgré la faillite, par le dépôt de la facture au greffe du tribunal de commerce du domicile de l'acheteur⁷⁰³.

⁶⁹⁹ Dans ce sens, Fr. ANOUKAHA et al., *op. cit.*, p. 161.

⁷⁰⁰ J. HEENEN, « Les garanties du vendeur de meubles et leurs avatars », *loc. cit.*, pp. 5 et s.

⁷⁰¹ *Idem*, p. 9.

⁷⁰² J. HEENEN, « Les garanties du vendeur de meubles et leurs avatars », *loc. cit.*, p. 5, cité par Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 241.

⁷⁰³ V. Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 241.

Fondée essentiellement sur la théorie de l'apparence, la justification de cette déchéance rencontrait des vives critiques⁷⁰⁴, qui ont conduit le législateur belge à renoncer, dans la loi du 8 août 1997 précitée, à frapper de déchéance le privilège du vendeur en cas de faillite. Dorénavant, même s'il a déjà délivré le bien, le vendeur est en droit de faire valoir son privilège dans la faillite de l'acheteur⁷⁰⁵. Rien à faire sur ce terrain pour améliorer la situation des créanciers chirographaires au regard de la solidité et de la pertinence des arguments avancés contre la perte du privilège en cas de faillite.

Le droit belge conserve malgré tout diverses déchéances du privilège du vendeur de meubles dont certaines ne sont pas réglementées par le droit uniforme OHADA. Le législateur OHADA appréciera le moment venu les différentes solutions retenues en droit belge.

Il en est ainsi, par exemple, de la règle selon laquelle le privilège est perdu lorsque le bien vendu est aliéné par l'acquéreur. Mais, en ce cas, le privilège se reportera éventuellement sur le prix dû par le sous-acquéreur, en vertu de la théorie de la subrogation réelle⁷⁰⁶. Le droit uniforme a le mérite de consacrer clairement cette solution à l'article 110, *in fine*, de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés. Elle mérite de l'être également en droit belge.

Le privilège est, en outre, perdu lorsque la chose a subi des transformations matérielles : le bien vendu, qui ne peut plus être identifié et est méconnaissable, n'existe plus en tant que tel et le privilège n'a plus d'assiette⁷⁰⁷. Prévue expressément comme condition d'application du droit de revendication du vendeur impayé et de la clause contractuelle de réserve de propriété en cas de faillite de l'acheteur, cette condition n'est pas directement énoncée par le législateur à propos du privilège ; elle serait applicable, selon l'opinion dominante, par analogie au

⁷⁰⁴ Voir notamment J. HEENEN, « Les garanties du vendeur de meubles et leurs avatars », *loc. cit.*, n° 14, qui estime que l'égalité des créanciers ne commande pas de réduire nécessairement à une situation identique des créanciers qui avaient régulièrement acquis, avant le concours, des droits différents ; I. MOREAU-MARGREVE, « Evolution du droit et de la pratique en matière de sûretés », *loc. cit.*, pp. 110-111, qui relève qu'au sacrifice de principe imposé aux vendeurs de meubles, il n'y a qu'une seule explication : la statistique ; les vendeurs impayés de meubles sont si nombreux en cas de faillite que le respect de leur privilège anéantirait le crédit chirographaire ; aujourd'hui, en réalité, ce n'est plus le crédit chirographaire qui est en cause, mais le crédit privilégié, spécialement les privilèges généraux sur meubles dits sociaux ; Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 242, qui critique la théorie de l'apparence qui fondait cette déchéance.

⁷⁰⁵ V. Fr. T'KINT, « Actualité des garanties du vendeur impayé en cas de faillite de l'acheteur », *loc. cit.*, p. 653.

⁷⁰⁶ V. Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 242, qui cite, à titre d'exemple, Bruxelles, 24 janvier 1964, *R.W.*, 1963-1964, col. 1511.

⁷⁰⁷ Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 243.

privilège⁷⁰⁸. Il s'agit là d'une solution intéressante pour les créanciers chirographaires qui mérite d'être consacrée par le législateur (belge et OHADA).

Il est enfin de principe que le privilège soit perdu en cas d'immobilisation du bien vendu, les privilèges de l'article 20, 5°, de la loi hypothécaire ainsi que celui de l'article 110 de l'Acte uniforme relatif aux sûretés étant des privilèges mobiliers. L'alinéa 2 de l'article 20, 5°, de la loi hypothécaire énonce expressément le principe en édictant que l'immobilisation du bien vendu par incorporation ou par destination économique le supprime. Le bien s'intègre alors dans l'assiette des hypothèques conformément à l'article 45 de la même loi.

Il va sans dire que le législateur belge évite ainsi le conflit entre créancier hypothécaire et vendeur en sacrifiant celui-ci à celui-là en vue de consolider le crédit immobilier⁷⁰⁹. Les chirographaires ainsi que les autres créanciers du débiteur failli ne sont point concernés, la déchéance du privilège ne profitant ici qu'au créancier hypothécaire.

Cette règle connaît néanmoins une exception capitale : le vendeur de « machines, appareils, outillage et autre matériel d'équipement professionnel employés dans les entreprises industrielles, commerciales ou artisanales » conserve son privilège, en dépit de l'immobilisation du bien vendu, par incorporation ou par destination économique, s'il a veillé à en assurer la publicité par le dépôt de la facture au greffe du tribunal de commerce du domicile de l'acheteur dans les quinze jours de la livraison (article 20, 5°, alinéa 3, de la loi hypothécaire). Une fois cette formalité accomplie, le privilège – qualifié de « privilège industriel » – est maintenu pendant cinq ans.

Si l'investissement dans les entreprises commande cette exception⁷¹⁰, il reste que le point de départ du délai de quinze jours peut poser des problèmes⁷¹¹ et que le maintien de ce privilège pendant cinq ans s'avère long. Point n'est besoin de mentionner qu'en l'occurrence, c'est le

⁷⁰⁸ *Idem*, p. 243. L'auteur formule, au numéro 473 de la même page, une critique de cette assimilation entre le privilège d'une part, le droit de revendication et la clause de réserve de propriété d'autre part en se fondant sur la nature différente de ces institutions. Il estime que le privilège doit être maintenu nonobstant la transformation du bien vendu. Cette solution, si elle devrait être consacrée, le serait de toute façon au détriment des chirographaires.

⁷⁰⁹ *Ibid.*, p. 244.

⁷¹⁰ V. I. MOREAU-MARGREVE, « Evolution du droit et de la pratique en matière de sûretés », *loc. cit.*, p. 109.

⁷¹¹ Voir les différents cas de figure déjà rencontrés par la jurisprudence chez Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 245 et références citées.

crédit privilégié qui a été sauvegardé au détriment du crédit hypothécaire et, a fortiori, du crédit chirographaire.

En somme, ces déchéances ne profitent pas aux créanciers chirographaires, hormis celle relative à la transformation du bien vendu. Tout en souhaitant qu'elles soient minutieusement réglementées, il s'avère cependant que seule la réduction de la créance garantie par ce privilège, proposée ci-dessus, peut améliorer directement le sort des créanciers ordinaires.

- Le privilège du travailleur d'un exécutant d'un ouvrage à domicile

Spécifique au droit uniforme pour les raisons susmentionnées et ci-dessous et inapproprié dans les pays à économie de marché, ce privilège – régi par l'article 113 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés⁷¹² – est cumulable avec le privilège général des salaires portant sur l'ensemble des biens du tâcheron ou de l'exécutant⁷¹³.

Les commentaires de cette disposition légale ci-après illustrent aisément l'importance de ce privilège en Afrique : « Le travail à domicile est une forme de travail appelée à se développer. Elle crée, d'une part, un rapport juridique d'entreprise entre l'exécutant à domicile et le donneur d'ouvrage et un contrat de travail entre cet exécutant à domicile et ceux qu'il emploie pour réaliser l'ouvrage chez lui. Aussi était-il important de protéger la créance de salaire du travailleur en lui octroyant un privilège (exercé au moyen d'une action directe ou d'une opposition) sur les sommes encore dues par le donneur d'ouvrage à l'exécutant à domicile, à condition que les créances de salaires soient nées de l'exécution de cet ouvrage »⁷¹⁴.

Ces commentaires ne manquent pas de révéler combien il est difficile de protéger le crédit chirographaire face à cette réalité.

- Le privilège des travailleurs et fournisseurs des entreprises de travaux

⁷¹² Cet article dispose : « Le travailleur d'un exécutant d'un ouvrage à domicile a un privilège sur les sommes dues par le donneur d'ouvrage pour garantir les créances nées du contrat de travail si celles-ci sont nées de l'exécution de l'ouvrage ».

⁷¹³ V. Fr. ANOUKAHA et al., *op. cit.*, p. 162.

⁷¹⁴ J. ISSA-SAYEGH, « Acte uniforme du 17 avril 1997 portant organisation des sûretés », *loc. cit.*, p.667.

Ce privilège – organisé par l'article 114 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés – est, par sa nature, proche de celui qui précède et cumulable également avec le privilège des salaires. Il est d'ailleurs inspiré par les mêmes craintes et s'exerce de la même façon⁷¹⁵, raison pour laquelle la protection du crédit chirographaire s'avère ici aussi difficile.

Il est proche du privilège reconnu aux travailleurs, sous-traitants et fournisseurs des pouvoirs publics par l'article 23 de la loi belge du 24 décembre 1993, car il a été étendu à tous les travailleurs et fournisseurs des entreprises de travaux, quelle que soit la nature de ces travaux, alors qu'il n'était prévu autrefois que pour les travailleurs et fournisseurs d'entreprises des bâtiments et de travaux publics⁷¹⁶.

Remarquons que le privilège des sous-traitants sur la créance de l'entrepreneur principal à l'encontre du maître de l'ouvrage prévu, en droit belge, par l'article 20, 12°, inséré dans la loi hypothécaire par la loi du 19 février 1990, n'existe, pour sa part, que pour les travaux de construction, transformation, réfection ou entretien d'un « bâtiment », la qualité du maître de l'ouvrage étant indifférente⁷¹⁷. Sa raison d'être explique, à notre avis, son absence en droit uniforme, étant entendu que les privilèges des articles 113 et 114 de l'Acte uniforme précité répondent, pour le moment, au besoin des pays membres de l'OHADA.

Il convient de signaler enfin que les privilèges prévus par ces deux dispositions ne sont pas limités dans le temps, contrairement au privilège de l'article 20, 12°, de la loi hypothécaire qui a une durée de cinq ans à compter de la date de la facture de l'entrepreneur principal. Cette limitation est pourtant nécessaire, en droit uniforme, pour l'intérêt des créanciers chirographaires. Elle ne devrait pas cependant être longue comme en droit belge où nous estimons qu'il serait important, pour le motif qui vient d'être mentionné, de le réduire à deux ou trois ans.

On mentionnera, en outre, que la règle de conflit portée par l'alinéa 2 de l'article 114 de l'Acte uniforme précité mérite d'être saluée : « *les salaires dus aux travailleurs sont payés par préférence aux sommes dues aux fournisseurs* ». La consécration de pareille règle en droit

⁷¹⁵ V. Fr. ANOUKAHA et al., *op. cit.*, p. 163.

⁷¹⁶ V. J. ISSA-SAYEGH, « Acte uniforme du 17 avril 1997 portant organisation des sûretés », *ibid.*, p. 668.

⁷¹⁷ V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, pp. 268.

belge éviterait certains conflits en cas de concurrence entre les différents bénéficiaires de ce privilège.

- **Le privilège du prix des semences, des frais de récoltes et du prix des « ustensiles » servant à une exploitation agricole**

Aux termes de l'article 20, 2°, de la loi hypothécaire, les coûts des semences et des frais de la récolte de l'année (et notamment la rémunération des travailleurs affectés aux travaux, le transport, l'emmagasiner, ...) sont privilégiés sur le prix de cette récolte de même que les sommes dues pour les « ustensiles » servant à l'exploitation, qui « sont privilégiées sur le prix de ceux-ci ».

Ce privilège est spécifique au droit belge ; il n'est pas organisé en droit uniforme. Il est attaché non seulement au prix de vente (en ce cas, il fait double emploi avec le privilège de l'article 20, 5°, de la loi hypothécaire) mais aussi au coût de l'entretien ou des réparations (et, dans ce cas, il peut se confondre avec le privilège de l'article 20, 4°, de la loi hypothécaire).

Il serait souhaitable, au regard de ce qui vient d'être dit et du point de vue légistique, de faire son économie dans les deux dispositions légales précitées, même si aucune amélioration du crédit chirographaire n'en résultera au regard du privilège qui continuera à être reconnu aux concernés.

- **Les privilèges mobiliers spéciaux reposant sur le fondement de gage tacite**

Sur ce fondement, le droit uniforme organise le privilège du bailleur d'immeuble, celui du transporteur et celui du commissionnaire, alors que le droit belge régleme, en plus de ces trois privilèges précédents, le privilège de l'hôtelier.

- **Le privilège du bailleur d'immeuble**

Ce privilège – régi par les articles 111 de l'Acte uniforme relatif aux sûretés et 20, 1°, de la loi hypothécaire tel que modifié et complété à ce jour et justifié notamment par le risque d'insolvabilité que court le bailleur en laissant son bien à la disposition d'un locataire ou d'un

fermier⁷¹⁸ et l'importance économique du contrat de bail, surtout lorsqu'il est question d'immeubles destinés à une exploitation commerciale, industrielle ou commerciale⁷¹⁹ – trouve application dès lors qu'on est en présence d'un bail d'immeuble et existe quels que soient la destination du bail (usage professionnel, d'habitation, rural, commercial, ...), la forme du bail (écrit, verbal), le statut juridique du bailleur (propriétaire, locataire principal, usufruitier, preneur d'un bail emphytéotique, ...) ⁷²⁰.

En effet, l'Acte uniforme relatif aux sûretés garantit par ce privilège, outre les dommages intérêts qui pourraient lui être alloués, les créances du bailleur contre le preneur pour les douze mois qui précèdent la saisie et pour les douze mois à échoir après celle-ci (article 111, alinéa 2, de l'Acte uniforme relatif aux sûretés)⁷²¹.

En droit belge en revanche, les créances garanties sont différentes selon qu'on est en présence de baux autres que le bail à ferme et les baux à ferme. Si pour les premiers les créances garanties sont les loyers échus⁷²², les loyers à échoir⁷²³ et les réparations locatives et « tout ce qui concerne l'exécution du bail⁷²⁴, pour les seconds, par contre, les créances garanties sont le fermage⁷²⁵ et les autres charges⁷²⁶.

Il en résulte que la rédaction de l'article 111 de l'Acte uniforme précité est différente de celle de la loi hypothécaire et même du Code civil français (article 2102, 1°), sauf en ce qui concerne la nature des créances garanties, car ici et là on y inclut toutes les créances contre le preneur dérivant directement ou indirectement de l'exécution ou de l'inexécution du bail⁷²⁷.

⁷¹⁸ V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, pp. 221-222 ; J. Van COMPERNOLLE, « Les sûretés réelles en droit belge », *loc. cit.*, p. 101, qui mentionne également, à cet égard, la volonté du législateur de renforcer le crédit du locataire en lui permettant de trouver plus aisément un logement.

⁷¹⁹ V. T'KINT, *ibid.*, pp. 222-223.

⁷²⁰ V. Fr. ANOUKAHA et al., *op. cit.*, p. 164.

⁷²¹ Cette disposition s'écarte du droit français qui réglemente l'étendue du privilège selon que les baux sont urbains (et ici selon que le bail n'a pas date certaine ou qu'il a date certaine) ou ruraux (M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, 7^e éd., p. 529).

⁷²² Le privilège est limité aux loyers échus des deux années antérieures et de l'année en cours (Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 225).

⁷²³ Si le bail continue, le privilège garantit en outre le loyer de l'année (c'est-à-dire le terme) « qui suit l'année en cours » ; si le bail a date certaine, le privilège s'étend à tous les loyers restant dus jusqu'à son expiration (Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 225).

⁷²⁴ Sont visées ici, toutes les autres charges imposées par le bail au preneur ; elles sont privilégiées sans restriction (Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 226).

⁷²⁵ Il s'agit des fermages de l'année antérieure et de l'année courante.

⁷²⁶ A noter que le privilège est limité aux dommages et intérêts pour « l'inexécution du fermier relative aux réparations locatives et à la culture ».

⁷²⁷ Il s'agit notamment de loyers, charges locatives, réparations locatives effectuées par le bailleur et à la charge du preneur, indemnité d'occupation, ... (Fr. ANOUKAHA et al., *op. cit.*, p. 165).

Il va sans dire que l'étendue des créances garanties en constitue la différence notable. En effet, aux termes de l'alinéa 2 de l'article 111 de l'Acte uniforme précité, l'acte de saisie se révèle décisif et important en droit uniforme : il constitue le privilège, définit l'étendue des créances garanties et détermine le rang du privilège en cas de concurrence entre plusieurs créanciers privilégiés sur les mêmes meubles si on se réfère à l'article 149-6° dudit Acte uniforme. Le bailleur a en tout cas ici tout intérêt à pratiquer la saisie conservatoire le plus tôt possible⁷²⁸.

L'effort de systématisation du législateur OHADA ici et la réduction de l'étendue de ce privilège ne peuvent être sous-estimés. Le législateur belge devrait l'apprécier le moment venu. Car ce privilège – efficace pour son bénéficiaire qui dans bien de cas sera complètement désintéressé en cas de faillite du preneur – est l'un de ceux qui menacent le crédit chirographaire dans cette procédure collective.

Et pour preuve, le législateur belge avantage particulièrement le bailleur par rapport aux autres créanciers du locataire en définissant très largement l'assiette de son privilège⁷²⁹ autant que les créances garanties, en créant à son profit une forme particulière de saisie conservatoire (article 1461 du Code judiciaire) et en lui reconnaissant un droit de suite limité, exceptionnel en matière mobilière⁷³⁰.

On se demande à juste titre si cette faveur particulière est encore de mise aujourd'hui au regard du développement considérable du crédit au logement et du financement des investissements immobiliers, qui a grandement facilité l'accès à la propriété⁷³¹. En tout cas, la préoccupation humanitaire qui a inspiré le législateur de 1851 paraît moins justifiée actuellement, tout autant que l'intérêt manifesté à l'égard de la protection de la fortune immobilière⁷³².

Aussi convient-il de souligner qu'économiquement, le privilège du bailleur présente peut-être moins d'importance aujourd'hui qu'autrefois : en pratique, les bailleurs préfèrent se prémunir

⁷²⁸ Dans ce sens, Fr. ANOUKAHA et al., *ibid.*, p. 165.

⁷²⁹ Il s'agit, comme en droits uniforme et français, de « tout ce qui garnit » l'immeuble.

⁷³⁰ V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 223.

⁷³¹ *Idem*, p. 223.

⁷³² Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 223.

contre l'insolvabilité de leurs locataires par le versement soit des loyers d'avance soit encore par le fournisseur d'un dépôt de garantie⁷³³.

Il participe de tout ce qui précède qu'il est difficile de soutenir que le bailleur soit mieux traité que d'autres intervenants dans le circuit économique comme notamment le fournisseur, le banquier ou le travailleur, dont le rôle paraît aussi nécessaire à la production et la distribution des biens et services⁷³⁴. Le législateur belge devrait, à notre avis, s'inspirer de l'article 111 de l'Acte uniforme précité pour réformer ce privilège. Ce qui conduirait à limiter son étendue⁷³⁵, à régler certains cas de conflit en cas de concurrence entre différents créanciers privilégiés sur les mêmes meubles et à harmoniser sa réglementation.

Il serait, en outre, souhaitable que l'assiette du privilège ne comporte aussi bien en droit belge qu'en droit uniforme que les seuls biens meubles ayant un lien suffisant avec la destination de l'immeuble⁷³⁶.

S'agissant de la formulation large de l'assiette de ce privilège, on peut en déduire que même les meubles apportés par un tiers dans les lieux loués font partie de l'assiette du privilège, sauf si le bailleur est de mauvaise foi, c'est-à-dire s'il savait que ces biens appartenaient à un tiers au moment où ils ont été introduits⁷³⁷.

Nous proposons, à cet égard, pour des raisons d'équité et de conformité au principe de sujétion uniforme – qui veut que les biens du débiteur répondent de ses dettes avant ceux de tiers – que soit consacrée, aussi bien en droit belge qu'en droit uniforme, la jurisprudence qui commande que le privilège s'exerce par priorité sur les biens qui appartiennent au preneur et

⁷³³ J. Van COMPERNOLLE, « Les sûretés réelles en droit belge », *loc. cit.*, pp. 101-102.

⁷³⁴ Dans ce sens, Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 223.

⁷³⁵ Faisons remarquer que cette limitation a d'ailleurs été opérée, en droit belge, en ce qui concerne les baux à ferme par le législateur du 10 mars 1929 en vue de favoriser d'autres intervenants dans le circuit économique, notamment le prêteur agricole.

⁷³⁶ Nous pensons ici à tout ce qui a un rapport normal avec l'utilisation et la jouissance de l'immeuble : mobilier, linge, vaisselle, mobilier de bureau, outillage et matériel d'exploitation, matières, produits, marchandises, récoltes, bétail, ... (Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 227) et nous excluons du privilège, faute de lien suffisant avec la destination de l'immeuble, l'argent, les bijoux personnels (mais non les bijoux que le joaillier locataire détient en stock), les titres au porteur (sauf s'ils sont détenus à des fins professionnelles par la société de bourse locataire), ... (Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 227).

⁷³⁷ V. Fr. ANOUKAHA et al., *op. cit.*, p. 166.

ensuite seulement, si le créancier n'est pas intégralement désintéressé, sur les biens dont un tiers est propriétaire⁷³⁸.

Il sied de préciser, enfin, que lorsqu'une procédure de liquidation des biens, qui opère une saisie collective des biens du débiteur, est ouverte, le régime du privilège du bailleur d'immeuble est différent, en droit uniforme⁷³⁹, selon que le bail est résilié ou non (article 98 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif⁷⁴⁰).

Ainsi, que le bail soit résilié ou non, le privilège garantit les douze derniers mois de loyers échus avant le jugement ouvrant la procédure collective et les douze mois suivant cette décision. Le bailleur est, en outre, créancier contre la masse pour tous les loyers échus et pour les dommages et intérêts prononcées pour la période postérieure à la décision d'ouverture. Et si le bail n'est pas résilié et si les sûretés qui lui avaient été accordés lors du contrat ne sont pas maintenus ou si celles qui lui ont été accordées après la décision d'ouverture sont jugées insuffisantes, il peut réclamer le paiement des loyers échus ou à échoir postérieurement à cette décision et exiger le paiement intégral et immédiat des loyers postérieurs à l'ouverture sans avoir à attendre leurs échéances.

En clair, ce privilège se trouve renforcé en cas de liquidation des biens. Il ne fait dès lors pas de doute qu'il peut emporter une part importante de l'actif disponible et donc mettre à néant tout espoir des créanciers chirographaires et ce en dépit de la limitation de l'étendue des créances garanties par ce privilège par le législateur OHADA. Les effets de la réduction de l'étendue de ce privilège sur ces créanciers ne peuvent être dans ces conditions que minimes, voire inexistantes.

- Le privilège du transporteur

Alors que le privilège du transporteur régi par l'article 20, 7°, de la loi hypothécaire appartient au transporteur de marchandises par terre, fer, eau ou air, le même privilège prévu par l'article

⁷³⁸ Gand, 29 juin 1973, *R.W.*, 1973-1974, col. 2501 ; Bruxelles, 26 novembre 2001, *DAOR*, 2001, p. 365.

⁷³⁹ Nous pensons qu'il pourrait inspirer le législateur belge en cas de faillite et accompagner la réduction de l'étendue des créances garanties par ce privilège que nous venons de préconiser ici.

⁷⁴⁰ Cette disposition se distingue de règles trop subtiles de la loi française du 25 janvier 1985, qui organise l'incidence du redressement et de la liquidation judiciaire du preneur (articles 621-31 du Code de commerce). Lire pour de plus amples informations, M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, 7^e éd., pp. 529 et s.

112 de l'Acte uniforme sur les sûretés ne vise, pour sa part, que le transporteur terrestre (routier ou ferroviaire), car l'Acte uniforme précité ne s'applique pas aux droits maritime et aérien.

Ces deux dispositions reconnaissent au transporteur un privilège sur la chose transportée à condition qu'il y ait un lien de connexité entre celle-ci et la créance impayée. La créance garantie est, en effet, celle qui correspond au transport proprement dit et à ses accessoires (emballage, manutention, douanes, ...).

Il y a lieu de constater que le législateur OHADA est muet sur la question de savoir si le privilège devrait disparaître avec la livraison, dès lors que le transporteur se dessaisit de la marchandise. Pour la solution de cette question, il pourrait s'inspirer de l'article 20, 7°, de la loi hypothécaire qui le maintient pendant les vingt-quatre heures qui suivent, pourvu que le destinataire en ait conservé la possession⁷⁴¹. L'article 125 de la loi maritime porte ce délai à quinze jours pour le transporteur par mer.

L'importance du transport dans le secteur économique et la nécessité de protéger les différents intervenants dans le secteur de transport contre le risque d'insolvabilité des propriétaires des marchandises justifient l'institution et le maintien de ce privilège.

- Le privilège du commissionnaire

Le commissionnaire a, sur les marchandises qu'il détient pour le compte du commettant, un privilège pour garantir ses créances nées du contrat de commission (article 115 de l'Acte uniforme). C'est ce qu'exprime également l'article 14 de la loi du 5 mai 1872, qui reconnaît au commissionnaire un privilège spécial sur les « marchandises à lui expédiées, déposées et consignées » en suite du contrat, en garantie de tout ce qui lui est dû par le commettant⁷⁴².

Il résulte du fait que ce privilège porte sur les marchandises que le commissionnaire détient pour le compte du commettant que celui-là ne peut exercer son privilège que s'il détient la chose. Ainsi, si un autre créancier muni d'un privilège spécial saisissait la chose et prétendait

⁷⁴¹ On estime qu'il faut laisser au destinataire le temps de déballer et de vérifier la marchandise avant de payer le fret (Bruxelles, 6 février 1991, *R.D.C.*, 1991, p. 722, cité par Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 236).

⁷⁴² Il s'agit notamment de la commission, défraiement, recouvrement des avances consenties, ... (Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 237).

faire prévaloir son droit de préférence, il se heurterait au droit de rétention du commissionnaire. Comme cette détention doit se faire pour le compte du commettant, il en découle également que les marchandises doivent appartenir au commettant mais si tel n'est pas le cas, le commissionnaire est protégé par sa bonne foi.

Le législateur a voulu donc accorder une protection efficace au commissionnaire au détriment des autres créanciers. Elle est d'ailleurs renforcée par le fait que ce privilège garantit toutes les créances nées du contrat de commission et non seulement celles ayant un lien de connexité avec les marchandises détenues⁷⁴³.

- Le privilège de l'hôtelier

Il n'est pas organisé en droit uniforme⁷⁴⁴. L'article 20, 6°, de la loi hypothécaire continue à l'organiser en disposant que l'hôtelier a un privilège sur les effets du voyageur « qui ont été transportés dans l'auberge », en garantie du prix de l'hébergement.

Devenu inexistant, en pratique, nous pensons que le législateur belge pourrait en faire l'économie, à l'instar du législateur OHADA⁷⁴⁵. Cette actualisation de textes juridiques n'améliore cependant pas, en réalité, la situation des créanciers chirographaires, car ce privilège qui en fera les frais ne les menace guère dans les procédures collectives sous examen.

Il s'avère, en somme, au regard de nos développements précédents, qu'il est difficile de limiter l'étendue de certains privilèges spéciaux sur meubles et surtout de soutenir leur suppression compte tenu de leurs raisons d'être. Les différentes pistes de réforme proposées ci-dessus, bien qu'elles soient nécessaires et urgentes du point de vue légistique, n'aboutissent malheureusement pas à une amélioration significative du sort du crédit chirographaire en cas de faillite.

⁷⁴³ V. Fr. ANOUKAHA et al., *op. cit.*, p. 169.

⁷⁴⁴ On a indiqué ci-dessus que le législateur OHADA a estimé qu'il ne correspondait plus à rien dans la vie économique moderne, notamment à cause de la modicité des sommes concernées et surtout du jeu de la rétention (M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, 7^e éd., p. 534).

⁷⁴⁵ Pour la thèse contraire, voir M. CABRILLAC et C. MOULY, *ibid.*, p.534, qui soutiennent que le développement du tourisme justifie encore son maintien malgré tout.

Le législateur, à qui incombe la tâche d'initier ces réformes capitales des privilèges mobiliers spéciaux, devrait en tout cas éviter d'en créer d'autres pour ne pas aggraver non seulement le sort des créanciers chirographaires – qui l'est déjà d'ailleurs –, mais aussi les conflits entre les différents privilégiés spéciaux sur meubles en cas de faillite ou liquidation des biens.

On devrait, à l'occasion, en droit belge surtout, insérer dans la loi hypothécaire les différents privilèges mobiliers spéciaux disséminés dans des textes particuliers, supprimer ceux qui ne répondent plus à aucun besoin actuellement et régler de manière claire et précise le rang des différents privilèges spéciaux sur meubles retenus en s'inspirant, par exemple, des articles 109 et 149, 6°, de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés.

b) Les privilèges spéciaux sur immeubles

La réforme du droit des sûretés immobilières des Etats africains de la zone franc avait été entreprise pendant l'ère coloniale par des décrets fonciers⁷⁴⁶ qui organisaient aussi bien les droits réels immobiliers que la publicité foncière⁷⁴⁷.

Cette réforme – à la base de l'unification aisée du droit des sûretés immobilières – avait déjà fait l'économie de l'antichrèse, qui n'a pas été, on s'en doute, restaurée par le législateur OHADA, et remplacé les privilèges immobiliers spéciaux par les hypothèques forcées légales. L'Acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés, en n'organisant pas les privilèges spéciaux sur immeubles, entérine l'option prise lors de la réforme coloniale.

Cette suppression des privilèges spéciaux sur immeubles et leur remplacement par des hypothèques forcées légales prenant, on l'a dit, rang à la date de leur inscription ont le mérite de vider certains cas de conflit entre titulaires de ces privilèges et d'autres créanciers préférentiels. C'est surtout à ce titre que la réforme est intéressante en cas de concours né de la faillite ou liquidation des biens, car elle diminue le retard que le règlement de ces différents conflits occasionne au cours de ces procédures collectives. Elle n'améliore cependant pas

⁷⁴⁶ On peut citer notamment : le décret du 28 mars 1899, modifié par le décret du 12 décembre 1920, applicable au Congo, au Gabon, au Tchad et en Centrafrique ; le décret du 24 juillet 1906 applicable au Togo ; le décret du 21 juillet 1932 applicable au Cameroun ; le décret du 26 juillet 1932 applicable au Sénégal, en Mauritanie, au Mali, en Guinée, au Burkina Faso, au Niger, au Bénin et en Côte d'Ivoire.

⁷⁴⁷ V. J. ISSA-SAYEGH, « Acte uniforme du 17 avril 1997 portant organisation des sûretés », *loc. cit.*, p. 669.

directement le sort des créanciers chirographaires, qui demeurent primés par les créanciers hypothécaires.

Pour sa part, le droit belge continue à organiser, en nombre limité en vue de sauvegarder le crédit hypothécaire, les privilèges spéciaux sur immeubles.

Leur rapprochement avec les hypothèques, plus particulièrement avec les hypothèques légales (création par la loi, absence de dépossession, droits de préférence et de suite, publicité, ...), nous contraint de référer à certains commentaires que nous ferons à l'occasion de l'étude des hypothèques. Nous ne traiterons donc ici que des points qui leur sont spécifiques, qui tiennent à leur nature propre, à savoir leur régime publicitaire assuré, selon le cas, par inscription ou transcription et nous dirons un mot sur la question de leur assainissement.

Tous les privilèges spéciaux sur immeubles sont énumérés par l'article 27 de la loi hypothécaire ; très peu sont régis par des textes particuliers⁷⁴⁸.

Nous avons déjà dit, en effet, que la publicité des privilèges spéciaux sur immeubles est imposée comme condition de leur opposabilité aux tiers en raison de l'institution du cadastre qui la rend aisée. Si le principe, à cet égard, est l'inscription (article 29 de la loi hypothécaire), force est de constater cependant que seul le privilège des architectes, entrepreneurs et ouvriers y est soumis (article 27, 5°, de la loi hypothécaire). Pour les quatre premiers privilèges de l'article 27 précité, on substitue à la mesure d'inscription la transcription de l'acte dont ils naissent pour autant qu'y soient mentionnées les créances garanties sous forme liquide⁷⁴⁹.

En plus, afin d'éviter aux tiers une information fragmentaire et leur permettre d'obtenir aisément le tableau complet des charges grevant les immeubles, la loi ordonne au conservateur des hypothèques de faire d'office, au moment de la transcription, l'inscription des créances privilégiées (article 35 de la loi hypothécaire). Henri De PAGE considère cela comme une « formalité d'appoint » qui n'a d'autre effet que d'engager la responsabilité du conservateur envers les tiers⁷⁵⁰.

⁷⁴⁸ Il en est ainsi par exemple du privilège de l'assureur organisé par l'article 23 de la loi du 11 juin 1874.

⁷⁴⁹ V. I. MOREAU-MARGREVE, « Evolution du droit et de la pratique en matière de sûretés », *loc. cit.*, p. 111-112.

⁷⁵⁰ DE PAGE et DEKKERS, *op. cit.*, t. VII, n° 385, cités par J. Van COMPERNOLLE, « Les sûretés réelles en droit belge », *loc. cit.*, p. 114. Cet auteur note à juste titre que cette inscription d'office n'est pas une condition

Cependant, le Conservateur peut se voir dispenser, en vue d'éviter les ennuis et les frais de la mainlevée, de cette obligation par le créancier par une clause formelle de l'acte (article 36, alinéa 1^{er}, de la loi hypothécaire)⁷⁵¹. L'article 36, alinéa 2, précité le déchoit alors du privilège ; il ne garde qu'une hypothèque dont il pourrait requérir l'inscription, qui aura rang à sa date, à condition que l'immeuble grevé du privilège n'ait point, dans l'intervalle, été aliéné ou que l'inscription ne soit rendue impossible par l'effet du décès de l'acquéreur (article 82 de la loi hypothécaire), d'une saisie (article 112 de la loi hypothécaire) ou de la faillite (article 19 de la loi sur les faillites).

Dans ce cas, le privilège « dégénère » en hypothèque et la situation du créancier est dorénavant moins favorable : l'hypothèque légale subsidiaire qui lui est accordée – et qui ne sera opposable aux tiers que s'il en requiert l'inscription – est notamment primée par les hypothèques qui auraient été inscrites entre-temps sur l'immeuble à charge de l'acquéreur⁷⁵². Il s'agit là d'une conséquence voulue par le créancier et qui ne profite malheureusement pas aux créanciers chirographaires, car seuls certains créanciers hypothécaires en tireront bénéfice.

Une autre conséquence résulte de la dispense d'inscription d'office : étant donné que chacune des parties peut, dans les quatre premiers privilèges de l'article 27 précité, demander la résolution du contrat, à défaut d'exécution par l'autre partie de ses obligations, l'on peut constater que, par son effet rétroactif, la résolution, qui met à néant le droit de propriété de l'acquéreur, détruit les droits réels que l'acquéreur aurait consentis sur l'immeuble ; l'aliénateur recouvre l'immeuble, quitte et libre des charges qui le grevaient du fait de l'acquéreur⁷⁵³.

Le législateur a, en effet, pour cette raison, lié le sort de l'action en résolution à celui du privilège : l'extinction du privilège (et particulièrement sa déchéance en cas de dispense d'inscription d'office) entraîne l'inopposabilité de l'action résolutoire aux tiers qui, avant son intentement, ont acquis un droit réel sur l'immeuble (article 28 de la loi hypothécaire).

d'existence du privilège ; son omission ou ses inexactitudes ne peuvent nuire au créancier privilégié mais seulement aux tiers qu'elles ont induits en erreur.

⁷⁵¹ V. I. MOREAU-MARGREVE, « Evolution du droit et de la pratique en matière de sûretés », *loc. cit.*, p. 112, qui note qu'il est usé et abusé de la clause de dispense d'inscription d'office.

⁷⁵² V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 339 ; M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, 7^e éd., p. 631.

⁷⁵³ Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 339.

Elle peut malheureusement encore être exercée au préjudice des créanciers chirographaires après la perte ou la déchéance du privilège étant donné que l'article 28 ci-dessus ne protège que les créanciers inscrits, les sous-acquéreurs et les tiers acquéreurs de droits réels sur l'immeuble⁷⁵⁴. Il a dès lors été soutenu pertinemment que le lien créé par la loi entre le privilège et l'action résolutoire n'est pas entier ; le curateur de la faillite de l'acheteur serait ainsi en droit d'écarter la résolution mais à condition qu'il ait fait inscrire en temps utile – c'est-à-dire avant l'intentement de l'action – l'hypothèque légale de la masse⁷⁵⁵.

De toute façon, le créancier ne doit dispenser le conservateur de prendre inscription d'office pour les motifs susmentionnés que s'il n'éprouve aucune crainte quant au paiement de ce qui lui est dû, notamment si d'autres sûretés lui ont été consenties⁷⁵⁶.

Quant à leur assainissement, il sied de constater que les privilèges spéciaux sur immeubles – justifiés par le fait que la créance privilégiée a pour contrepartie l'enrichissement du débiteur, la plus-value apportée à un élément de son patrimoine immobilier, ce dont bénéficient l'ensemble de ses créanciers – sont en réalité difficiles à assainir. Leur suppression ou à tout le moins la réduction de leur assiette seraient injustifiés au regard de leur fondement qui vient d'être mentionné.

En dépit de l'impact néfaste des quatre premiers privilèges de l'article 27 de la loi hypothécaire sur les créanciers ordinaires et même privilégiés généraux, la protection des tiers et du créancier privilégié lui-même est notamment assurée par l'application stricte du principe de spécialité à ces privilèges.

Mais, en ce qui concerne le privilège des architecte, entrepreneur et ouvriers de l'article 27, alinéa 5°, de la loi hypothécaire, dont la plus-value sur laquelle porte le privilège est estimée par comparaison entre deux procès-verbaux qui doivent être dressés, avant et après travaux, par un expert nommé à leur requête par le président du tribunal de première instance, une condition essentielle de son existence est la rédaction de ces procès-verbaux.

⁷⁵⁴ Dans ce sens, J. Van COMPERNOLLE, « Les sûretés réelles en droit belge », *loc. cit.*, p. 115 ; Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 340.

⁷⁵⁵ V. Bruxelles, 28 juin 1978, *Pas.*, 1978, II, p. 111, cité par Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 340.

⁷⁵⁶ Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 339.

Rarement invoqué et pratiquement tombé en désuétude à cause de sa mise en œuvre coûteuse et compliquée et de l'obstacle psychologique résultant du fait que l'accomplissement de ses formalités témoignerait de la défiance du professionnel à l'égard de son client⁷⁵⁷, l'on peut se demander si l'on ne peut pas en faire l'économie ou à défaut de cela le ranger dans les hypothèques légales, à l'instar du législateur uniforme OHADA.

Nous ne pensons pas qu'il faille aller jusqu'à le supprimer au regard de sa raison d'être. Un simple allègement de ses formalités en le rangeant parmi les hypothèques légales et en le soumettant à leur régime pourrait encore le rendre plus attrayant. L'on s'inspirerait alors de l'article 135, alinéa 1^{er}, de l'Acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés qui prévoit que les personnes qui édifient, réparent ou reconstruisent des bâtiments peuvent, avant le début des travaux, se faire consentir une hypothèque conventionnelle sur l'immeuble considéré ou sur un autre et peuvent, à défaut, demander au juge une hypothèque forcée sur cet immeuble si elles n'ont pas été payées pour les travaux achevés, et de l'article 135, alinéa 2, dudit Acte uniforme qui précise que si l'hypothèque conventionnelle est consentie au début des travaux, elle est inscrite provisoirement pour la somme qui sera estimée due et cette inscription prend rang à sa date jusqu'à l'expiration d'un délai d'un mois suivant la date d'achèvement des travaux qui sera constaté par huissier⁷⁵⁸.

Si dans ce délai d'un mois l'inscription devient définitive par accord des parties ou par décision de justice (plus improbable dans un tel délai sauf à recourir à la prénotation), elle conserve sa date initiale pour toute la somme ou pour partie de celle-ci. Sinon, l'inscription ne prendra rang qu'à la date de la seconde formalité⁷⁵⁹.

L'alignement de ce privilège parmi les hypothèques légales, tout en réduisant le coût de la mise en œuvre de cette sûreté, ne porte pas, en outre, atteinte au droit des créanciers privilégiés, qui demeurent protégés par l'inscription qui prend rang à sa date. Qu'il suffise

⁷⁵⁷ M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, 7^e éd., p. 641 ; Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 337. Lire également, Fr. ANOUKAHA et al., *op. cit.*, p. 211, qui mentionnent aussi que ce privilège est, en pratique, inefficace et désuet, car il suppose non seulement l'accomplissement de formalités très lourdes avant la réalisation des travaux et leur réception, mais encore, il doit être mis en œuvre à un moment où les difficultés de recouvrement des créances ne sont pas encore apparues.

⁷⁵⁸ La pratique est elle-même favorable à cette solution pour toutes ces raisons. On observe, en effet, que « ... les créanciers qui pourraient bénéficier du privilège de l'art. 2103-4^o, C. civ.[français] préfèrent se garantir par une hypothèque conventionnelle, par une hypothèque judiciaire conservatoire ou, tout simplement, en demandant à leurs débiteurs des avances... » (Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n^o 337, cités par Fr. ANOUKAHA et al., *ibid.*, p. 211). Les premiers auteurs, considérant qu'il est devenu anachronique, estiment qu'il devrait être abrogé.

⁷⁵⁹ V. J. ISSA-SAYEGH, « Acte uniforme du 17 avril 1997 portant organisation des sûretés », *loc. cit.*, pp. 678-679.

d'ailleurs de se référer à l'article 38, alinéa 2⁷⁶⁰, de la loi hypothécaire pour se rendre compte que les bénéficiaires de ce privilège n'éprouveraient pas une grande gêne en voyant leur privilège spécial transformé en hypothèque légale.

Les procédures collectives sous examen y gagneront, pour leur part, en rapidité, alors que les créanciers chirographaires, qui resteront primés par les créanciers hypothécaires, n'y tireront aucune amélioration directe de leur sort.

A l'instar de Mme MOREAU-MARGREVE, nous pensons que si le législateur belge estime malgré tout qu'il demeure justifié, il faudrait alors que sa publicité ne suppose pas, comme c'est le cas actuellement, la manifestation d'une suspicion du bénéficiaire à l'égard de son cocontractant car cette exigence rend, commercialement, fort délicat la mise en œuvre de ce privilège⁷⁶¹.

Quant au sixième privilège spécial sur immeuble, abrogé en ce qui concerne la Région wallonne par la loi du 27 juin 1978, article 17, il mérite d'être supprimé purement et simplement, les besoins pour lesquels il a été institué ayant disparu. Etant désuet, sa suppression – que commande l'actualisation de certaines dispositions du Code civil en matière de sûretés – ne cause préjudice ni ne profite à personne.

Il reste à répondre à la question de savoir s'il faudrait transformer en droit belge les privilèges spéciaux sur immeubles en hypothèques légales comme l'a fait le législateur uniforme OHADA. Nous ne le pensons pas. Les quatre premiers privilèges de l'article 27 de la loi hypothécaire méritent d'être maintenus en tout cas au regard de leur fondement ; l'exigence du principe de spécialité – quant à la créance garantie – doit rester renforcée en vue de garantir aux différents créanciers une meilleure protection.

Alors que le sixième privilège de cet article 27 devrait être supprimé, le cinquième, quant à lui, devrait faire l'objet d'un examen approfondi afin de voir s'il ne serait pas plus sain de le ranger, pour les motifs susmentionnés, parmi les hypothèques légales.

⁷⁶⁰ Cette disposition consacre la transformation du privilège en une hypothèque légale, laquelle aura effet à la date de son inscription « et pour la plus-value seulement ».

⁷⁶¹ Dans ce sens, I. MOREAU-MARGREVE, « Faut-il réviser les dispositions du Code civil en matière de sûretés et dans l'affirmative, quelles seraient les grandes orientations d'une révision ? », *loc. cit.*, p. 601.

Il en résulte qu'il est difficile, voire impossible, de soutenir la suppression pure et simple des cinq premiers privilèges dudit article 27, laquelle suppression aurait pourtant, on s'en doute, au regard de la place de ces sûretés dans la procédure d'ordre, un impact positif évident sur le situation des créanciers chirographaires et écarterait définitivement certains cas de conflit fréquents en cas de faillite.

3°. De l'assainissement des hypothèques

Dans nos développements antérieurs, nous avons exposé l'économie générale du régime des hypothèques en droits belge et uniforme OHADA ainsi que leurs effets. Il sera alors question ici de commenter les grands principes du régime ainsi mis en place dans lesdits ordres juridiques.

Nous faisons remarquer d'emblée que le régime des hypothèques institué par l'Acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés et les différents textes en vigueur dans les Etats parties qui l'ont inspiré est proche de celui du Code civil français⁷⁶² avec, cependant, de nettes disparités exprimées notamment par le régime des inscriptions des droits réels immobiliers⁷⁶³.

Ce régime se fonde sur deux principes essentiels : d'une part, il n'y a pas de droit réel sans inscription⁷⁶⁴ et, de l'autre, tout droit réel inscrit se conserve aussi longtemps que son inscription n'a pas été radiée du livre foncier⁷⁶⁵.

Il en résulte qu'entre les parties, le consensualisme est la règle de sorte qu'un droit réel non inscrit n'en est pas moins valable à moins que la loi en décide autrement⁷⁶⁶. A l'égard des tiers, un droit réel non inscrit est inefficace ou sans effet ; il leur est inopposable. En outre,

⁷⁶² On peut constater, à titre d'exemple, que les dispositions générales (Titre IV) du décret foncier du 24 juillet 1906 applicable aux pays composant l'ancienne Fédération de l'Afrique occidentale française, c'est-à-dire le Sénégal, le Mali (autrefois Soudan français), la Guinée, la Haute-Volta, le Niger, le Bénin (autrefois Dahomey), la Côte d'Ivoire, et celles du décret du 26 juillet 1932, qui a abrogé et remplacé le décret précédent dans les pays précités, sauf au Togo où il est encore applicable, n'abrogent pas expressément le Code civil en la matière. Mieux, certaines dispositions particulières de ces textes (article 123 du premier décret ou 148 du second ; article 19 de deux décrets) renvoient expressément au Code civil.

⁷⁶³ V. Fr. ANOUKAHA et al., *op. cit.*, p. 172.

⁷⁶⁴ Comme en droit belge où l'on connaît encore, comme on le verra, des hypothèques occultes, cette règle ne se veut pas absolue en droit uniforme où elle couvre l'exception de l'inscription différée dans les cas de prêt à court terme (article 130 Acte uniforme relatif aux sûretés).

⁷⁶⁵ Articles 122, al. 3, de l'Acte uniforme relatif aux sûretés et 92 à 95 de la loi hypothécaire.

⁷⁶⁶ Fr. ANOUKAHA et al., *op. cit.*, p. 172.

l'hypothèque régulièrement publiée prend rang du jour de l'inscription et le conserve jusqu'à la publication de son extinction.

A la différence du droit belge où le régime des hypothèques est réglementé par la loi hypothécaire ainsi que par divers autres textes particuliers, la tendance dans l'Acte uniforme relatif aux sûretés est principalement l'application d'un régime unique aux différentes hypothèques⁷⁶⁷. Ainsi, par exemple, la double spécialité de l'hypothèque quant à l'assiette et à la créance garantie est la règle applicable, en droit uniforme, à toutes les hypothèques quelles que soient leurs sources, alors qu'elle connaît des aménagements, en droit belge, au regard de l'article 51bis de la loi du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire. De même, qu'elle soit conventionnelle ou forcée, l'hypothèque doit être inscrite, en droit uniforme, pour être efficace, alors que le droit belge organise encore une hypothèque légale occulte.

Il s'ensuit qu'en droit uniforme, les différences entre les hypothèques tiennent moins à leurs régimes qu'à leurs sources. Il n'en est pas en tout cas ainsi, en droit belge, où le régime de certaines hypothèques légales déroge, à certains égards, au régime de droit commun applicable aux hypothèques conventionnelles. Une harmonisation du régime est vivement souhaitée ici pour plus de sécurité.

Notre commentaire du régime des hypothèques portera ainsi essentiellement sur l'examen de la mise en œuvre des principes essentiels à la sécurité du crédit et des transactions immobiliers. Il s'agit du principe de la publicité et de celui de la spécialité, que nous analyserons en rapport avec les différentes hypothèques.

a) Les hypothèques conventionnelles

Le droit uniforme OHADA énonce de manière limpide les deux principes : en vertu d'une règle fondamentale, l'hypothèque doit nécessairement porter sur un bien déterminé affecté à la garantie déterminée (articles 120 et 127, alinéa 2, de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés) ; elle ne produit ses effets que lorsqu'elle est publiée (article 129 de l'Acte uniforme précité) ; elle reste, en tout cas, dans l'Acte uniforme susmentionné un acte solennel, comme d'ailleurs en droit belge, dont la validité est subordonnée à l'accomplissement d'un formalisme : un écrit et une inscription.

⁷⁶⁷ *Idem*, p. 172.

Le droit français, qui a largement inspiré le droit uniforme en la matière, s'inscrit d'ailleurs dans la même logique : il consacre, depuis le décret du 4 janvier 1995 qui a proscrit les privilèges spéciaux occultes, le principe de la généralité de la publication des sûretés immobilières (auquel la loi du 21 juillet 1994, qui a offert aux syndicats de copropriétaires un privilège spécial immobilier occulte est venu déroger)⁷⁶⁸ et celui de la spécialité de l'assiette (article 2129 du Code civil) et de la créance⁷⁶⁹ (article 2132 du Code civil). L'hypothèque conventionnelle est donc ici spéciale et soumise à la publicité.

Le droit belge, quant à lui, prévoit les deux principes, moyennant quelques aménagements qui seront commentés ci-dessous. En effet, les articles 81, 83 et 89 de la loi hypothécaire organisent la publicité de toute hypothèque, alors que les articles 78, alinéa 1^{er} et 80, alinéa 1^{er}, de la même loi hypothécaire régissent le principe de spécialité.

Le moins que l'on puisse dire à ce stade est que le droit uniforme OHADA, en n'admettant aucune dérogation à ces principes, se révèle plus rigoureux que les droits français et belge en la matière. Cette rigueur doit être encouragée ici, car il convient que la sûreté soit délimitée quant à l'immeuble grevé et quant à la créance garantie, une hypothèque générale (qui frapperait tous les biens immeubles du débiteur) ou indéfinie (consentie pour sûreté de créances dont le montant ne serait pas limité) étant source d'une grande insécurité⁷⁷⁰. En outre, il sied que les tiers connaissent les charges qui grèvent les biens immeubles, car, dans le cas contraire, l'incertitude conduirait à une dépréciation de la valeur et l'on priverait aux tiers les moyens de s'informer⁷⁷¹.

• De la mise en œuvre du principe de publicité

Aux termes de l'article 128 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés, l'hypothèque peut être consentie par acte authentique établi par le notaire territorialement compétent ou

⁷⁶⁸ V. M. CABRILLAC, « Les sûretés réelles entre vins nouveaux et vieilles outres », *loc. cit.*, p. 714, qui fustige ici cette dérogation ; M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, 7^e éd., p. 435.

⁷⁶⁹ Force est de constater que la spécialité des créances garanties impose des exigences lourdes (mention de la somme en principal seulement correspondant à une créance déterminée ou déterminable) que la jurisprudence alourdit en ne validant que les contrats d'hypothèque mentionnant la cause de la créance garantie (Cass. civ., 6 février 1939, *D.*, 1939, I, 53, note J. PLASSARD ; S., 1941, I, 145, note R. RODIERE, cité par M. CABRILLAC et C. MOULY, *ibid.*, p. 652).

⁷⁷⁰ V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, pp. 279-280.

⁷⁷¹ *Idem*, p. 280.

l'autorité judiciaire habilitée à faire de tels actes ; ou par acte sous seing privé dressé suivant un modèle agréé par la conservation de la propriété foncière.

L'article 76 de la loi hypothécaire va dans le même sens en exigeant que l'hypothèque soit constituée par acte notarié et en ajoutant qu'elle peut être consentie aussi par acte sous seing privé reconnu devant justice ou devant notaire.

En ne réduisant pas, comme en France, la forme de l'hypothèque au seul acte notarié (article 2127 du Code civil), le législateur de l'OHADA ainsi que le législateur belge font preuve d'une certaine souplesse ou d'un certain libéralisme, même si, en droit belge, la forme subsidiaire demeure tout à fait exceptionnelle en droit comme en fait⁷⁷².

Il en résulte que dans ces différents ordres juridiques la constitution de l'hypothèque est un acte formaliste que parfait l'inscription hypothécaire. La publicité de l'hypothèque est ici nécessaire pour assurer la sécurité des transactions et du crédit immobiliers⁷⁷³. Elle permet notamment aux créanciers chirographaires, à qui l'état de charges de l'immeuble donne la mesure de la solvabilité du débiteur, de connaître les charges qui grèvent l'immeuble.

En outre, pour être opposable aux tiers, prévoit l'article 129 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés, l'hypothèque doit être inscrite, dans les termes de l'article 122, au Livre foncier conformément aux règles de la publicité foncière prévues à cet effet. Les articles 81, 83 et 89 de la loi hypothécaire prévoient, à leur tour, que l'hypothèque n'est opposable aux tiers qu'après son inscription dans le registre du conservateur des hypothèques. Il s'ensuit que c'est l'inscription qui assure ici et là la publicité de l'hypothèque.

Mais, à la différence du droit belge, cette inscription peut exceptionnellement être différée en droit uniforme lorsqu'elle est affectée à la garantie d'un prêt à court terme au regard de l'article 130 qui régit cette hypothèque différée. Il s'agit là d'une règle tenant compte du contexte africain où les prêts à court terme sont fréquents dans les activités commerciales⁷⁷⁴.

⁷⁷² *Ibid.*, p. 303. L'auteur précise que le simple dépôt de l'acte sous seing privé au rang des minutes d'un notaire ne suffirait pas : il y faut en plus la reconnaissance d'écriture et la signature du débiteur. Il en est de même pour la reconnaissance en justice : le tribunal vérifiera l'authenticité du contrat au terme d'une procédure contentieuse (articles 883 et s. du Code judiciaire).

⁷⁷³ V. Fr. ANOUKAHA et al., *op. cit.*, p. 182 ; Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 312.

⁷⁷⁴ Il ne s'agit pas d'ailleurs d'une innovation, car l'hypothèque différée trouve son origine dans l'Act TORRENS et vise à faciliter les prêts à court terme.

Aussi bien en droit belge qu'en droit uniforme, la date d'inscription de l'hypothèque détermine l'ordre de paiement des créanciers hypothécaires au cas où plusieurs hypothèques ont été constituées sur un même immeuble.

Toutefois, dans le cadre des procédures collectives d'apurement du passif, par application de la règle de l'inopposabilité de droit des actes accomplis pendant la période suspecte (article 67 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif), toute constitution d'hypothèque conventionnelle (article 68-5° dudit Acte uniforme) ou toute inscription provisoire d'hypothèque (article 68-6° du même Acte uniforme) est inopposable à la masse des créanciers. Les articles 17, 1°, 3° et 19 de la loi belge sur les faillites prévoient également cette inopposabilité⁷⁷⁵.

Le créancier hypothécaire n'est pas, en outre, ici et là séparatiste comme en droit néerlandais en cas de faillite, c'est-à-dire qu'il ne reste pas en dehors de la faillite⁷⁷⁶.

La mise en œuvre de ce mécanisme publicitaire n'est cependant pas à l'abri des critiques. En effet, le système de publicité mis en place dans les droits belge, uniforme OHADA et même français est de type personnel. Les conservateurs et les notaires y jouent un rôle central aussi bien au moment de la naissance de l'hypothèque qu'à celui de sa conservation.

Les risques courus sont, potentiellement en tout cas, énormes⁷⁷⁷. Mme MOREAU-MARGREVE en fournit des exemples en rapport avec le système belge⁷⁷⁸, qui peuvent, *mutatis mutandis*, concerner les droits uniforme OHADA et même français. On peut citer notamment :

⁷⁷⁵ V. I. MOREAU-MARGREVE, « Evolution du droit et de la pratique en matière de sûretés », *loc. cit.*, p. 126 ; lire aussi, M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, 7^e éd., pp. 659 et 682.

⁷⁷⁶ V. Fr. T'KINT et W. DERIJCKE, « Sûretés et procédures collectives : étude de droit comparé. Les créanciers hypothécaires et gagiste comme « séparatistes » en droit néerlandais vs. l'approche française », *loc. cit.*, p. 526. Nous avons déjà critiqué cette solution néerlandaise s'agissant des créanciers gagistes. Ces critiques valent ici aussi.

⁷⁷⁷ Dans ce sens, I. MOREAU-MARGREVE, « Faut-il réviser les dispositions du Code civil en matière de sûretés et dans l'affirmative, quelles seraient les grandes orientations d'une révision ? », *loc. cit.*, p. 603.

⁷⁷⁸ *Idem*, p. 603 ; « Evolution du droit et de la pratique en matière de sûretés », *loc. cit.*, pp. 127-128.

- le cas de certains conservateurs des hypothèques qui fournissent l'état hypothécaire qui leur est demandé avec un retard anormal à telle enseigne que les renseignements donnés ne sont plus aucunement fiables puisqu'ils remontent à la date de la réquisition⁷⁷⁹ ;
- le cas de certains notaires qui laissent courir un temps anormalement long avant de procéder à la démarche que suppose la demande d'inscription ;
- le cas de certains conservateurs qui omettent une inscription dans un état⁷⁸⁰.

Il en résulte que tous ces risques peuvent mettre les droits des tiers en danger et porter même préjudice aux bénéficiaires de l'hypothèque. Il va sans dire que, selon le cas, la responsabilité de l'agent en cause peut être engagée⁷⁸¹.

Au delà de cette responsabilité, l'on devrait, afin de renforcer la fiabilité des systèmes de sécurité, se pencher sur la réorganisation sérieuse des conservations des hypothèques en cause et surtout s'engager sur la voie d'une réforme plus fondamentale, qui tirerait utilement profit de facilités qu'offre l'informatique actuellement⁷⁸² comme l'a fait le législateur français à travers la loi du 6 avril 1998⁷⁸³.

• De la mise en œuvre du principe de spécialité

Le principe de la spécialité de l'hypothèque conventionnelle a pour but de ménager le crédit du débiteur en déterminant exactement ce qui est dû et ce qui est grevé d'hypothèque ; il s'applique ainsi aussi bien à la créance garantie qu'au bien affecté en sûreté⁷⁸⁴.

⁷⁷⁹ Cette situation amène la pratique à user du palliatif de la demande officieuse de renseignements qui, comme son nom l'indique, ne donne aucune garantie de fidélité.

⁷⁸⁰ V. Fr. ANOUKAHA et al., *op. cit.*, p. 222.

⁷⁸¹ *Idem*, p. 222. En droit français, le monopole des notaires en la matière a pour conséquence importante de justifier la garantie très lourde que les tribunaux imposent à ces derniers (voir M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, 7^e éd., pp. 654-655).

⁷⁸² Dans ce sens, I. MOREAU-MARGREVE, « Faut-il réviser les dispositions du Code civil en matière de sûretés et dans l'affirmative, quelles seraient les grandes orientations d'une révision ? », *ibid.*, p. 603.

⁷⁸³ V. Ph. MALAURIE et L. AYNES, *op. cit.*, p. 239.

⁷⁸⁴ Ph. MALAURIE et L. AYNES, *op. cit.*, p. 251.

L'Acte uniforme portant organisation des sûretés le consacre en prévoyant que la constitution d'une hypothèque suppose l'existence d'une créance déterminée⁷⁸⁵. La créance, précise-t-il, ne doit pas seulement exister ; elle doit aussi être déterminée. Il s'agit principalement pour les parties d'indiquer le montant de la créance (article 127, alinéa 2, de l'Acte uniforme précité).

Le législateur belge va dans le même sens lorsqu'il prévoit qu'il n'y a pas d'hypothèque s'il n'y a pas de créance à garantir (article 41).

En droit uniforme OHADA, lorsque le montant de la créance est indéterminé⁷⁸⁶, la créance n'ayant pas été liquidée, les parties doivent faire état des éléments en leur possession qui rendent le montant de la créance déterminable⁷⁸⁷.

En rapport avec la créance garantie, on retiendra qu'en droit belge, l'arrêt de la Cour de cassation du 28 mars 1974⁷⁸⁸ laissait déduire qu'une sûreté peut garantir des créances futures à condition qu'elles soient « déterminées ou déterminables au moment de la constitution de la sûreté »⁷⁸⁹. Ce qui faisait ici problème, c'était, en réalité, le principe de spécialisation de l'hypothèque dans l'acte constitutif et non le caractère accessoire de l'hypothèque qui ne fait pas obstacle en lui-même à la constitution actuelle d'une hypothèque pour garantir les dettes futures que représentent les sommes « à devoir »⁷⁹⁰.

Le problème est maintenant tranché, en tout cas en droit belge, par l'article 51*bis* inséré par la loi du 13 avril 1995 dans la loi du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire⁷⁹¹, qui permet la constitution d'une hypothèque conventionnelle « pour sûreté de créances futures », pour autant qu'à la date de la constitution, « les créances soient déterminées ou déterminables »⁷⁹².

⁷⁸⁵ Et l'on admet, comme on l'a vu ci-dessus, que l'hypothèque peut garantir une créance future si la créance existe en germe ou est virtuelle, c'est-à-dire si elle existe mais est affectée d'une modalité ou, mieux encore, demeure éventuelle (Fr. ANOUKAHA et al., *op. cit.*, p. 184).

⁷⁸⁶ Il en est ainsi lorsqu'elle garantit une ouverture de crédit.

⁷⁸⁷ Fr. ANOUKAHA et al., *ibid.*, p. 184.

⁷⁸⁸ Cass. 28 mars 1974, *Pas.*, 1974, I, 776.

⁷⁸⁹ J. Van COMPERNOLLE, « Les sûretés réelles en droit belge », *loc. cit.*, p. 116.

⁷⁹⁰ *Idem*, p. 117 ; voir également, Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 283.

⁷⁹¹ Pour de plus amples commentaires de cette disposition, lire J.L. LEDOUX, « L'hypothèque pour toutes sommes : une panacée ? », *R.C.J.B.*, 2001, pp. 378 et s. ; I. MOREAU-MARGREVE, « L'hypothèque pour toutes sommes », *J.T.*, 1996, pp. 181 et s. On peut lire aussi avec intérêt, A.M. STRANART, « L'hypothèque constituée pour sûreté de toutes sommes dues ou à devoir par un débiteur à son créancier », *Rev. not.*, 1979, pp. 548 et s.

⁷⁹² V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 283.

On doit, en effet, préciser que si le principal avantage de l'hypothèque pour toutes sommes est, comme son nom l'indique, qu'elle est appelée à garantir toutes créances futures, à condition de respecter l'exigence précitée, il reste, cependant, qu'une telle hypothèque ne saurait être invoquée pour n'importe quelle dette du débiteur⁷⁹³. Elle ne peut valoir que pour les dettes qui, d'après l'acte constitutif, répondent aux intentions des parties au moment de la constitution de la sûreté, ou, comme l'arrêt MENGEL le formulait, pour les dettes « qui sont effectivement de celles que les parties avaient entendu assortir de la garantie » ; à défaut de spécification précise dans l'acte constitutif, la détermination des dettes garanties devra se faire sur des bases incertaines⁷⁹⁴.

Au demeurant, cette intervention du législateur belge est, relève-t-on, en dépit de son silence sur ce qu'est une créance « déterminable » au sens où l'entend cet article⁷⁹⁵, à l'origine d'un revirement remarqué à telle enseigne que la mention « pour toutes sommes » est aujourd'hui clause de style dans tous les actes hypothécaires⁷⁹⁶. Elle montre que le principe de la spécialité de l'hypothèque n'est pas en soi un obstacle à sa constitution pour garantie d'une dette future et supprime l'exigence de la « mention du terme assigné » au paiement de la dette portée par l'article 83, 4°, de la loi hypothécaire.

Cette règle de spécialité de la créance garantie – qui passe pour une règle d'économie car si la généralité de l'hypothèque était admise, elle ruinerait tout le crédit du débiteur⁷⁹⁷ – semble, aux termes de l'article 127, alinéa 2⁷⁹⁸, n'admettre aucun tempérament dans l'Acte uniforme portant organisation des sûretés.

En effet, le législateur OHADA ne réduit pas les mentions relatives à la créance à l'indication précise de sa cause (c'est-à-dire le fait générateur de la créance) ; il l'a étendue à la précision de son origine au regard de ladite disposition⁷⁹⁹.

⁷⁹³ V. J.L. LEDOUX, « L'hypothèque pour toutes sommes : une panacée ? », *loc. cit.*, p. 399.

⁷⁹⁴ *Idem*, p. 399.

⁷⁹⁵ *Ibid.*, p. 401. L'auteur espère, à juste titre, une intervention du législateur ou de la Cour de cassation pour combler cette lacune.

⁷⁹⁶ V. Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 284.

⁷⁹⁷ Dans ce sens, Fr. ANOUKAHA et al., *op. cit.*, 185.

⁷⁹⁸ Cette disposition prévoit que l'hypothèque « doit être consentie pour la garantie de créances individualisées par leur cause et leur origine, représentant une somme déterminée et portées à la connaissance des tiers par l'inscription de l'acte ».

⁷⁹⁹ V. Fr. ANOUKAHA et al., *op. cit.*, p. 185, qui notent que, par cette double exigence, le législateur recherche non seulement la précision du fait générateur de la créance mais encore cherche à faire recueillir les informations

Cette double exigence dont la justification vient d'être fournie n'est pas requise, en revanche, en droit belge : ici, la spécialisation quant au montant couvert par l'hypothèque, c'est-à-dire un chiffre, suffit, alors que la spécialisation quant à la cause de la créance n'est pas une condition de validité de l'hypothèque⁸⁰⁰, à la différence du droit français où la Cour de cassation exige que la cause de la créance soit indiquée dans l'acte à peine de nullité de l'hypothèque⁸⁰¹.

Il en résulte que les droits uniforme et français⁸⁰² insistent rigoureusement sur ces éléments de la spécialisation de la créance garantie et assurent partant une meilleure protection aux parties et aux tiers par rapport au droit belge. Sont donc bien tenues à l'œil et interdites dans les deux premiers ordres juridiques précités, alors qu'elles paraissent possibles, en droit belge, depuis la loi du 13 avril 1995 précitée, l'hypothèque « flottante », qui se reporterait d'une créance sur l'autre et l'hypothèque « omnibus », qui garantirait un ensemble de dettes futures, ou présentes et futures, quelle que soit leur cause⁸⁰³.

L'article 120, alinéa 1^{er}, de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés énonce, quant à lui, la règle de la spécialité de l'assiette de l'hypothèque en disposant, sans autres précisions, que l'hypothèque ne peut porter que sur des immeubles immatriculés. Il ajoute même que l'immeuble, objet d'hypothèque, ne doit pas simplement être déterminé avec exactitude ; il doit être également présent.

Cette règle veut dire, on s'en doute, que l'immeuble grevé doit être désigné de façon précise par l'acte de constitution pour l'intérêt du constituant et afin d'éviter qu'il ne se dépouille d'un seul coup de tout son crédit et que les créanciers connaissent exactement l'étendue de leurs droits.

connexes relatives à la source de la créance afin d'affiner les mentions de l'acte porté à la connaissance des tiers par son inscription au livre foncier.

⁸⁰⁰ V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 305.

⁸⁰¹ Cass. civ., 6 février 1939, *D.*, 1939, I, p. 53 et obs. J. PLASSARD ; *Sirey*, 1941, I, p. 154 et obs. R. RODIERE.

⁸⁰² L'acte de constitution doit indiquer ici la cause (par exemple un prêt) ainsi que le montant de la créance (article 2132 du Code civil). Il n'est pas nécessaire que le montant soit déterminé ; il suffit qu'il soit déterminable (par exemple une ouverture de crédit) ; en ce cas, il faudra l'évaluer dans l'inscription, sans qu'il soit nécessaire de le faire dans l'acte constitutif (Ph. MALAURIE et L. AYNES, *op. cit.*, p.251).

⁸⁰³ Ph. MALAURIE et L. AYNES, *ibid.*, p.251.

L'article 78, alinéa 1^{er}, de la loi hypothécaire insiste également sur la spécialisation quant à l'immeuble en prévoyant que l'acte doit indiquer la « nature » et la « situation » de chacun des immeubles grevés.

Mais le législateur reste muet ici et là sur la question de l'hypothèque des biens à venir⁸⁰⁴, c'est-à-dire des biens sur lesquels le débiteur dispose, non pas d'un droit conditionnel, mais d'une simple expectative : il pense les acheter ou espère les recevoir⁸⁰⁵.

La doctrine défend la prohibition des hypothèques de biens à venir, en droit uniforme OHADA, en s'appuyant sur certaines dispositions pertinentes de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés (articles 119, 120 et 145)⁸⁰⁶. Elle renforce, en outre, sa position par un argument d'ordre moral, tiré du droit français, qui soutient que, par cette prohibition, « la loi n'a pas voulu que l'on puisse manger son blé en herbe »⁸⁰⁷.

On peut déduire également cette prohibition des exigences portées par l'article 78, alinéa 1^{er}, de la loi hypothécaire que nous venons de citer.

Pour plus de sécurité dans les transactions et le crédit immobiliers et afin de combler cette lacune, l'intervention du législateur s'impose aussi bien en droit uniforme qu'en droit belge. Elle permettra de consacrer clairement la règle de la prohibition de l'hypothèque de biens à venir. Et afin de ne pas réduire la règle ainsi consacrée à presque rien et partant lui faire perdre son efficacité – comme c'est le cas en droit français⁸⁰⁸ –, le législateur limitera l'étendue de ses exceptions ou se gardera purement et simplement de l'en assortir.

On peut observer aussi, au regard de nos considérations précédentes, que les droits uniforme OHADA et même français mettent clairement en œuvre le principe de la spécialité quant à la créance garantie et à l'assiette de l'hypothèque, contrairement au droit belge. Les zones d'ombre de l'article 51*bis* intégré dans la loi du 4 août 1992 par l'article 8 de la loi du 13 avril

⁸⁰⁴ L'article 2130, alinéa 1^{er}, du Code civil français interdit l'hypothèque des biens à venir, sauf en cas d'insuffisance de biens présents (article 2130, alinéa 2), de perte ou dégradation de l'immeuble hypothéqué (article 2131) et de construction d'un bâtiment (article 2133, alinéa 2). On peut lire, à cet égard, le commentaire fourni par Ph. MALAURIE et L. AYNES, *op. cit.*, pp.252-253.

⁸⁰⁵ Fr. ANOUKAHA et al., *op. cit.*, p. 188.

⁸⁰⁶ *Idem*, pp. 188-189.

⁸⁰⁷ V. Ph. MALAURIE et L. AYNES, *ibid.*, p. 252, cité par Fr. ANOUKAHA et al., *ibid.*, p. 190.

⁸⁰⁸ Il en est ainsi en droit français à cause des exceptions ci-dessus mentionnées (dans ce sens, Ph. MALAURIE et L. AYNES, *op. cit.*, p. 252).

1995 modifiant la loi du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire⁸⁰⁹ ainsi que l'article 78, alinéa 1^{er}, de la loi hypothécaire, pour ne citer que ces deux, sont éloquentes quant à ce. Le législateur appréciera, en tout cas, lorsqu'il devra combler les lacunes ci-dessus indiquées et intégrer l'article 51bis dans la loi hypothécaire⁸¹⁰, les mérites des droits uniforme et français en la matière.

b) Les hypothèques forcées

Alors qu'on peut aisément affirmer en droit uniforme que l'originalité des hypothèques forcées tient davantage à leur source qu'à leur régime qui, pour l'essentiel, est identique au régime des hypothèques conventionnelles (articles 118 et 148 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés), l'on doit constater, en revanche, qu'en droit belge, l'originalité des hypothèques légales tient aussi bien à leur source qu'à leur régime, en dépit du fait que le régime des hypothèques conventionnelles y constitue aussi le droit commun.

L'importance des exceptions portées par le régime belge des hypothèques légales par rapport au régime des hypothèques conventionnelles nous contraint de nous exprimer ainsi. Ce qui n'est pas le cas, en droit uniforme, a-t-on vu, où la tendance du législateur est de soumettre les différentes hypothèques à un régime unique sous réserve des dispositions propres à chaque type d'hypothèque.

Pour rappel, le droit uniforme OHADA, à l'instar du droit français, régit deux types d'hypothèques forcées – les hypothèques forcées légales et les hypothèques judiciaires –, alors que le droit belge n'organise, pour sa part, que les hypothèques légales.

Aussi doit-on rappeler qu'outre les hypothèques forcées prévues par l'Acte uniforme⁸¹¹, la loi nationale de chaque Etat partie peut en prévoir d'autres propres au droit de la famille (par

⁸⁰⁹ Le brillant examen critique de cette disposition fait par I. MOREAU-MARGREVE, « L'hypothèque pour toutes sommes », *loc. cit.*, pp. 185 et s., livre un commentaire exhaustif et surtout autorisé de cette disposition et révèle au grand jour ses lacunes. On s'y référera.

⁸¹⁰ I. MOREAU-MARGREVE, « L'hypothèque pour toutes sommes », *ibid.*, p. 185, invite, dans son examen critique de cette disposition, le législateur à légiférer pour les autres sûretés également (le gage sur fonds de commerce pour toutes sommes et le cautionnement pour toutes sommes) étant donné que les différents problèmes se posent dans les mêmes termes partout et plaide pour une insertion des prescriptions portées par l'article 51bis dans la loi hypothécaire (plus précisément dans la section 2 de son chapitre III) étant donné qu'il agit sur le régime de l'hypothèque conventionnelle.

⁸¹¹ Il s'agit de l'hypothèque légale de la masse des créanciers (article 133), l'hypothèque légale du vendeur d'immeuble, de l'échangiste et du copartageant (article 134) et de l'hypothèque légale des architectes, entrepreneurs et autres personnes employées à la construction ou à la réparation d'un immeuble (article 135).

exemple, l'hypothèque entre époux au profit des incapables) ou au droit public (par exemple, l'hypothèque de l'Etat sur les comptables publics), hors du champ d'application de l'Acte uniforme. C'est là un renvoi au droit national de chaque Etat partie qui ne soulève, en principe, aucun problème dans la mesure où non seulement toute hypothèque doit être inscrite pour être efficace, c'est-à-dire pour être opposable et prendre rang, mais encore elle doit, quelle que soit sa source, porter sur des immeubles déterminés et pour la garantie de créances individualisées par leur origine et leur cause et pour une somme déterminée (article 132, alinéa 2).

Il en résulte que le législateur de l'OHADA réaffirme ici la règle de la publicité des hypothèques forcées et celle de la double spécialité de l'hypothèque quant à son assiette et quant à la créance garantie. Il exclut ainsi strictement les hypothèques occultes et générales⁸¹².

Il convient de voir maintenant si la mise en œuvre de ces principes conduit à la même conclusion en droit belge.

- **Les hypothèques forcées légales**

L'on sait déjà que l'hypothèque forcée légale est attachée de plein droit à une créance en dehors de toute manifestation de volonté du créancier ou du débiteur. L'Acte uniforme ainsi que les différentes dispositions légales belges régissant la matière protègent particulièrement certains créanciers contre leur cocontractant débiteur et favorise incidemment le recouvrement de leurs créances.

Notre objectif ici est de voir comment sont mis en œuvre ici les deux principes sous examen.

- **De la mise en œuvre du principe de publicité**

La mise en œuvre de ce principe, en droit uniforme, ne pose aucun problème, car l'application de la règle selon laquelle il ne peut y avoir de droit réel sans inscription a, on vient de le dire, pour conséquence la condamnation des sûretés occultes et même générales. Cette règle est

⁸¹² Dans ce sens, Fr. ANOUKAHA et al., *op. cit.*, p. 208.

d'une portée générale en ce qu'elle s'applique indistinctement, pour les raisons susmentionnées, aux hypothèques conventionnelles et aux hypothèques forcées⁸¹³.

Ainsi, l'article 122 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés consacre ici aussi l'importance de l'inscription qui confère au créancier un droit dont l'étendue est définie par la loi nationale de chaque Etat partie et les énonciations du titre foncier. D'où l'hypothèque légale régulièrement publiée prend rang du jour de l'inscription, sauf dispositions contraires de la loi, et le conserve jusqu'à la publicité de son extinction ; elle n'est efficace, c'est-à-dire opposable aux tiers, que si sa publication au livre foncier est assurée par la formalité de l'inscription⁸¹⁴.

On doit en outre préciser qu'en droit uniforme, la publicité de certaines hypothèques forcées légales présente quelques particularités. En effet, alors que l'hypothèque forcée du vendeur d'immeuble, de l'échangiste, du copartageant et du prêteur de deniers est inscrite conformément aux règles générales de la publicité ci-dessus décrites, l'inscription de l'hypothèque légale de la masse des créanciers doit se faire, pour sa part, à la requête du greffier ou du syndic, dans un délai de dix jours à compter de la décision judiciaire⁸¹⁵ conformément aux dispositions relatives à la publicité foncière et prend rang du jour où elle a été inscrite sur chacun des immeubles du débiteur.

Quant à l'inscription de l'hypothèque légale des architectes, entrepreneurs et autres personnes employées, elle est prise au début des travaux et inscrite provisoirement pour le montant de la somme estimée due ; elle est confirmée à la fin des travaux constatée par huissier lorsque le montant définitif de la créance est connu et en ce cas, la seconde inscription rétroagit alors à la date de la première, c'est-à-dire que l'hypothèque définitivement inscrite, par accord des parties ou par décision judiciaire, conserve la date de l'hypothèque provisoirement inscrite⁸¹⁶.

On ne le dira jamais assez, l'Acte uniforme sous examen met clairement et simplement en œuvre, dans l'intérêt des parties et des tiers, le principe de la publicité dans les hypothèques forcées légales qu'il organise. Qu'en est-il en droit belge ?

⁸¹³ Fr. ANOUKAHA et al., *op. cit.*, p. 212.

⁸¹⁴ *Idem*, p. 212.

⁸¹⁵ Voir les articles 74, alinéa 2 et 54, alinéa 2, de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

⁸¹⁶ V. Fr. ANOUKAHA et al., *op. cit.*, pp. 212-213.

Ici aussi, en effet, le principe est que toute hypothèque, quelle qu'en soit la source, et donc également toute hypothèque légale, est soumise à un régime publicitaire pour son opposabilité aux tiers⁸¹⁷. L'importance de l'inscription – qui confère à l'hypothèque légale sa date et son rang tout en assurant sa publicité – conduit à affirmer qu'en principe l'hypothèque légale n'est pas ici aussi occulte⁸¹⁸. D'ailleurs, avant ça, elle n'existe qu'à l'état latent, sans danger pour les tiers⁸¹⁹.

Mais, l'exception confirme la règle, il subsiste toujours l'hypothèque occulte du fisc pour le recouvrement des droits de succession durant dix-huit mois (article 84, alinéa 2, du Code de succession). Ce caractère occulte de l'hypothèque légale du receveur des droits de succession est, écrit-on, en soi difficilement admissible, au regard de la nécessaire sécurité des transactions et du crédit immobiliers⁸²⁰.

Tout en relevant que cette hypothèque occulte survit, en droit belge, de façon tout à fait exceptionnelle et qu'elle est, au demeurant, atténuée dans ses effets néfastes⁸²¹, nous pensons qu'elle devrait malgré tout, pour la raison qui vient d'être évoquée et pour une meilleure protection des tiers et notamment des créanciers chirographaires, être alignée aussi sur le régime publicitaire de droit commun.

En outre, le motif d'intérêt général sert à justifier, en droit belge, des entorses de plus en plus nombreuses qui risquent bien d'ébranler la « fiabilité » du système de publicité des hypothèques⁸²². Et comme si cela ne suffisait pas, d'autres hypothèques légales, notamment celle accordée par l'article 101 de la loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d'aide sociale sur les biens du bénéficiaire, en garantie du remboursement de l'aide pécuniaire, sont créées par d'autres lois particulières.

⁸¹⁷ V. I. MOREAU-MARGREVE, « Evolution du droit et de la pratique en matière de sûretés », *loc. cit.*, p. 115.

⁸¹⁸ V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 295.

⁸¹⁹ *Idem*, p. 295.

⁸²⁰ *Ibid.*, p. 298.

⁸²¹ *Ibid.*, p. 298. L'auteur note, à cet égard, que l'effet occulte de l'hypothèque est limité à un délai relativement court et invariable ; les tiers sont à même d'obtenir, par l'intermédiaire des héritiers du défunt, une attestation du receveur indiquant le montant des droits garantis par l'hypothèque (article 90 du Code de succession). Elle est, à notre avis, susceptible d'occasionner des frais supplémentaires aux tiers, alors que la défaillance de leur débiteur les plonge déjà dans une situation délicate.

⁸²² V. I. MOREAU-MARGREVE, « Evolution du droit et de la pratique en matière de sûretés », *loc. cit.*, p. 115. L'auteur cite, pour étayer cette position, les articles 326-327 du C.I.R. ; l'article 318, alinéa 3, du C.I.R., inséré par l'article 7 de la loi du 20 juillet 1978 ; l'article 144 du C. J. ; l'article 88, §3, du Code de la taxe sur la valeur ajoutée, tel que modifié par l'article 70 de la loi du 8 août 1980.

La situation en droit belge est en tout cas identique à celle déplorée en droit français. L'on note, en rapport avec ce dernier, que « comme les privilèges, les hypothèques légales sont fort nombreuses, et l'Etat qui les distribue se réserve la part du lion. La faiblesse coupable d'un législateur qui se confond avec l'administration a conduit à la multiplication des hypothèques au profit de toutes les institutions étatiques ou paraétatiques : fisc, douanes, Sécurité sociale, Trésor, administrations diverses et tentaculaires »⁸²³.

Une autre dérogation, non moins préjudiciable aux tiers, au régime publicitaire de droit commun découlant de la situation précédente a trait à l'hypothèque légale du receveur des impôts sur les revenus (articles 425 à 432, du Code des impôts sur les revenus). En effet, depuis une loi belge du 20 juillet 1978, le prononcé de la faillite du redevable ne fait pas obstacle à l'inscription (article 427, alinéa 3, du Code des impôts sur les revenus). Le fisc est ainsi reçu à entamer, en prenant hypothèque à son profit, le patrimoine du failli que le dessaisissement doit réserver intégralement à l'ensemble des créanciers (mais seulement pour les impôts enrôlés avant le jugement déclaratif)⁸²⁴.

Cette atteinte à l'un des principes essentiels du concours des créanciers découlant de la faillite mérite d'être fustigée. Elle l'est d'ailleurs en France où l'on note que par une exception inadmissible que les tribunaux s'empressent de rendre effective, les hypothèques légales (sauf celle des époux) ne sont pas annulées comme toutes les autres hypothèques garantissant une créance antérieure qui sont inscrites pendant la période suspecte précédant une procédure collective (article 107-6° de la loi du 25 janvier 1985 sur le redressement judiciaire)⁸²⁵. Point n'est besoin de préciser que le fisc et la Sécurité sociale constituent les principaux bénéficiaires de cette règle aux conséquences pernicieuses pour les tiers.

Cette situation malsaine est, en effet, clairement dénoncée par Mme MOREAU-MARGREVE en ces termes⁸²⁶ : « comment admettre qu'un système de publicité hypothécaire qui impose à tout le moins que soient figées les situations au moment de la survenance d'une hypothèse de concours, puisse s'accorder d'hypothèques dont l'opposabilité est assurée après le

⁸²³ M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, 7^e éd., p. 660, qui ne manquent pas de souligner que les créances garanties garantissent des sommes importantes actuellement.

⁸²⁴ Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 297.

⁸²⁵ V. M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, 7^e éd., p. 662.

⁸²⁶ V. I. MOREAU-MARGEVE, « Evolution du droit et de la pratique en matière de sûretés », *loc. cit.*, p. 116.

concours ! ». Elle constitue, comme certains auteurs l'ont noté, un « véritable fait du prince qui n'a cure de créer par là un crédit immobilier fictif au moment où les tribunaux sont tellement sévères pour les fauteurs de crédits fallacieux »⁸²⁷.

Cette innovation, contestable au plan des principes, comme on vient de le voir, rend vie, de façon inattendue, à l'hypothèque légale de la masse faillie, qui a été tenue pour une « curiosité juridique » sans utilité pratique car le dessaisissement (article 16 de la loi sur les faillites), qui, on le sait bien, soustrait le patrimoine du failli à toute mesure d'exécution et rend le failli sans pouvoir pour l'engager et, s'agissant particulièrement des immeubles, pour les aliéner et les grever de droits réels, assure aux créanciers une protection suffisante⁸²⁸.

Cette incongruité donne, estime-t-on, en tout cas un regain d'intérêt à son inscription par le curateur qui a intérêt à gagner de vitesse le fisc⁸²⁹ afin d'assurer la priorité de la masse sur le prix de réalisation des immeubles grevés, car, on le sait, les hypothèques ont rang à leur date.

Quoiqu'on fasse, le principe de publicité est mis en mal en droit belge et même français à cause de ces différentes dérogations. Cette protection spéciale de la créance du fisc au détriment des autres créanciers en constitue un exemple éloquent. Nous pensons qu'on gagnerait à la soumettre au même régime que les autres. Un système unique de publicité régi par la loi hypothécaire garantirait une meilleure sécurité des transactions et du crédit immobiliers et réduirait les tensions actuelles entre créanciers. La simplicité du système de l'OHADA pourrait servir de modèle ; son application stricte du principe de publicité à tous les titulaires d'hypothèques légales devrait inspirer les législateurs belge et même français surtout en cas de faillite ou liquidation des biens où sa mise en œuvre conduit à mieux préserver le gage commun des créanciers et la règle de l'égalité entre les créanciers.

- **De la mise en œuvre du principe de spécialité**

Nous avons déjà dit que l'article 132, alinéa 2, de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés consacre, par une formule générale, la règle de la double spécialité de l'hypothèque quant à son assiette et quant à la créance garantie. Cet Acte uniforme condamne donc

⁸²⁷ V. P. COPPENS et Fr. T'KINT, « Examen », *loc. cit.*, 1979, n° 78, p. 411.

⁸²⁸ V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, pp. 297-298.

⁸²⁹ V. I. MOREAU-MARGEVE, « Evolution du droit et de la pratique en matière de sûretés », *ibid.*, p. 116.

sévèrement les hypothèques générales de la même manière qu'elle proscriit les hypothèques occultes quelle que soit leur source.

Il se démarque ainsi du droit français, car ici les hypothèques légales n'obéissent pas entièrement au principe de spécialité étant donné que leur assiette est en général l'ensemble des immeubles du débiteur (même si la spécialité des inscriptions demeure)⁸³⁰.

En droit belge, l'hypothèque légale est, à l'instar du droit français, une sûreté générale grevant les immeubles présents et à venir du débiteur. Mais à ce stade d'une sûreté générale, l'hypothèque légale n'est qu'une hypothèque latente qui ne peut encore être opposée aux tiers et n'a donc pour son bénéficiaire aucun effet utile immédiat. D'où l'importance de la spécialisation ici. En effet, pour son opposabilité aux tiers, pour son efficacité, il faut la spécialisation, qui se fera par son inscription à la requête du créancier sur le registre du conservateur des hypothèques et en assurera en même temps la publicité⁸³¹.

C'est l'inscription qui précisera la créance garantie, le montant couvert par l'hypothèque ainsi que le ou les immeubles concernés. Rien n'interdit toutefois au créancier de demander à tout moment une inscription complémentaire, notamment si la dette augmente ou s'il découvre l'existence d'autres immeubles du débiteur, inconnus de lui initialement⁸³². C'est là la force de l'hypothèque légale et son danger surtout sur le crédit chirographaire.

Il en résulte que la mise en œuvre de ce principe aussi bien en droit belge qu'en droit uniforme garantit la sécurité des transactions et du crédit immobiliers nonobstant les effets néfastes que peut produire l'inscription complémentaire, admise en droit belge, sur les droits des autres créanciers du débiteur défaillant.

On ne peut manquer de déplorer, en droit belge, le fait que les hypothèques légales les plus fréquemment invoquées soient régies par des dispositions extrinsèques à la loi

⁸³⁰ V. M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, 7^e éd., pp. 660-661. On peut notamment lire ici que l'assiette des hypothèques légales est très large puisqu'elles sont générales par principe et grevent tous les immeubles présents et futurs du débiteur, sauf disposition contraire (article 2122 du Code civil).

⁸³¹ V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 294.

⁸³² *Idem*, p. 295.

hypothécaire⁸³³. La Cour d'arbitrage a même renforcé cette tendance en reconnaissant, par un important arrêt du 22 octobre 1986⁸³⁴, aux Communautés et aux Régions le pouvoir de créer des hypothèques légales (et des privilèges) dans les limites de leurs compétences.

Les effets de cette tendance viennent d'être illustrés dans la mise en œuvre des principes sous examen. Ils renforcent notre souhait de voir le législateur belge mettre fin à cet éparpillement en réglementant toutes les hypothèques légales dans la loi hypothécaire et en les soumettant à un régime unique porté par celle-ci.

- **Les hypothèques judiciaires**

Aux termes de l'article 132 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés, l'hypothèque judiciaire est celle qui est conférée par une décision de justice. Les articles 136 et suivants dudit Acte uniforme ont prévu une hypothèque véritablement judiciaire⁸³⁵, conservatoire, spéciale quant à la créance garantie et quant à son assiette⁸³⁶. Elle est destinée à garantir une créance non assortie de titre exécutoire et mise en péril⁸³⁷.

La jurisprudence française précise cette dernière condition en exigeant que le créancier établisse que le débiteur est confronté, sinon à une insolvabilité imminente ou sérieusement à craindre⁸³⁸, du moins à de grosses difficultés financières⁸³⁹ et qu'il n'a pas de garantie

⁸³³ C'est le cas notamment des hypothèques légales en faveur du fisc pour le recouvrement des divers impôts, de l'hypothèque légale du curateur en faveur de la masse (I. MOREAU-MARGREVE, « Evolution du droit et de la pratique en matière de sûretés », *loc. cit.*, p. 115).

⁸³⁴ *Mon.*, 13 novembre 1986.

⁸³⁵ Le droit français connaît aussi deux hypothèques véritablement judiciaires : celle que le tribunal peut constituer au profit d'un époux au cas de transfert à l'autre de l'administration de ses biens (article 2138 du Code civil) et celle que le juge des tutelles décide de se faire inscrire sur les biens de l'administrateur légal d'un mineur (article 2143, alinéa 3, du Code civil).

⁸³⁶ Article 132, alinéa 2, de l'Acte uniforme.

⁸³⁷ Le droit français connaît, depuis la loi du 12 novembre 1955, reprise, avec certaines retouches, par la loi du 9 juillet 1991 relative aux procédures civiles d'exécution (articles 77 et suivants ; articles 250 et suivants du Décret du 31 juillet 1992), une hypothèque judiciaire conservatoire, provisoire, spéciale quant à la créance, mais générale quant à l'assiette (elle sera cependant « spécialisée » avec son inscription). Cette hypothèque, constate-t-on, est très appréciée des créanciers. Elle leur permet en anticipant sur un jugement de condamnation, de se prémunir contre un débiteur qui voudrait organiser son insolvabilité, ou à tout le moins, cette garantie leur donne la possibilité de faire pression sur un débiteur récalcitrant (Fr. ANOUKAHA et al., *op. cit.*, p. 213 et références citées).

⁸³⁸ Cass., 1^{re} Civ., 19 avril 1967, *J.C.P.*, éd. Avoués, 1967, IV, n° 5117, cité par Fr. ANOUKAHA et al., *op. cit.*, p. 217.

⁸³⁹ Paris, 8 novembre 1978, *D.*, 1979, Inf. rap. 83, obs. A. HONORAT.

suffisante⁸⁴⁰. En revanche, il n'est pas tenu de prouver l'état de cessation de paiements de son débiteur, ni même sa mauvaise foi⁸⁴¹.

Il est de bon sens, pour éviter des demandes d'inscription hypothécaire purement fantaisistes, de troubler la tranquillité du débiteur et d'éveiller peut être inutilement l'attention des tiers, que le créancier justifie, d'une part, d'une créance paraissant fondée en son principe et, d'autre part, de circonstances susceptibles d'en menacer le recouvrement⁸⁴².

On doit noter, en outre, qu'en cas de procédure collective, on devra respecter le prescrit de l'article 68-6° de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif (inopposabilité de droit de toute inscription provisoire d'hypothèque judiciaire conservatoire prise pendant la période suspecte) et celui de l'article 75 du même Acte uniforme (interdiction de toute inscription provisoire d'hypothèque conservatoire au nom de la règle de la suspension des poursuites individuelles après le jugement d'ouverture).

L'Acte uniforme réaffirme ici également l'importance du principe de publicité. En effet, le créancier doit prendre une inscription de manière à rendre sa sûreté efficace (article 139 *in fine*) en la rendant, entre autres, opposable aux tiers.

L'inscription provisoire d'hypothèque est attributive de rang (article 144, alinéa 2). Elle fixe par avance le rang de l'inscription définitive qui sera prise et devra être prise une fois rendu le jugement au fond (article 144, alinéa 2). L'hypothèque maintenue prend rang à la date de l'inscription provisoire ; l'hypothèque octroyée prend rang à la date de l'inscription définitive (article 144, alinéa 2)⁸⁴³.

⁸⁴⁰ Paris, 3 juillet 1992, *J.C.P.*, 1994, I, 3765, n° 14.

⁸⁴¹ Douai, 9 juillet 1963, *R.D.T. civ.*, 1964, 184, obs. RAYNAUD.

⁸⁴² V. Fr. ANOUKAHA et al., *ibid.*, p. 214 et références citées.

⁸⁴³ Le mécanisme brièvement décrit est en tout cas proche du mécanisme général prévu par le législateur français : le créancier, après avoir reçu l'autorisation du juge ou lorsqu'il dispose d'un titre qui l'en dispense, peut prendre une inscription provisoire. Lorsqu'il a gagné définitivement son procès ou qu'il dispose du titre exécutoire, il peut prendre une inscription définitive. Cette dernière, au lieu de le faire bénéficier de l'hypothèque à compter de sa date, rétroagit à la date de l'inscription provisoire. Celle-ci devient caduque si son titulaire n'obtient un jugement de condamnation ou un titre exécutoire (M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, 7^e éd., p. 669).

Il participe de ce qui précède que les deux principes sous examen sont clairement mis en œuvre par le droit uniforme ainsi que par le droit français⁸⁴⁴ : le juge assure le contrôle du principe de spécialité⁸⁴⁵, alors que l'inscription confère à la sûreté son efficacité et en assure la publicité.

Les développements antérieurs montrent aussi que l'hypothèque judiciaire peut constituer une voie de sortie pour les créanciers chirographaires diligents, car tous les créanciers, quels qu'ils soient, peuvent demander l'inscription d'une hypothèque conservatoire au regard de l'article 136 de l'Acte uniforme sous examen. On observe d'ailleurs qu'en la matière, le plus souvent, la créance est celle d'un banquier qui a octroyé un crédit ou d'un commerçant dont la facture n'est pas payée⁸⁴⁶. Elle sert ainsi à protéger aussi bien le crédit chirographaire que le crédit hypothécaire.

La protection qu'elle confère aux créanciers bénéficiaires et la simplicité de son mécanisme qui la rend très pratique nous amènent à soutenir qu'il serait indiqué de la prévoir en droit belge également même s'il n'améliorera que le sort de seuls créanciers diligents, parmi lesquels peuvent figurer malheureusement même les créanciers titulaires d'autres sûretés.

En conclusion à cette étude relative à l'assainissement des hypothèques, nous pouvons dire qu'en général, le régime hypothécaire belge tel qu'il est mis en place par la loi hypothécaire paraît, à l'instar du régime hypothécaire uniforme OHADA, satisfaisant, sauf qu'il est grièvement fragilisé de l'extérieur par les atteintes émanant de législations particulières⁸⁴⁷. C'est pour cette raison d'ailleurs que nous proposons un régime unique porté par la loi hypothécaire et applicable aussi bien aux hypothèques conventionnelles qu'à celles légales, sous réserve, bien entendu, des dispositions propres à chaque type d'hypothèque.

⁸⁴⁴ Sauf qu'ici, il est possible de prendre l'inscription provisoire sur la foi de titres qui dispensent de l'autorisation du juge (M. CABRILLAC et C. MOULY, *ibid.*, p. 668). C'est pour cette raison d'ailleurs que certains lui refusent la qualification de sûreté judiciaire, renseignent ces auteurs.

⁸⁴⁵ Sa décision mentionne explicitement la créance garantie et l'assiette de la sûreté.

⁸⁴⁶ V. M. CABRILLAC et C. MOULY, *ibid.*, p. 670.

⁸⁴⁷ Le droit français n'échappe pas à ce constat. M. CABRILLAC et C. MOULY, *ibid.*, pp. 660-661, en donnant d'ailleurs une illustration claire. Ils observent, en effet, que l'article 2121 du Code civil constitue le reflet de l'évolution des hypothèques légales et notent qu'en 1804 il disposait : « Les droits et créances auxquels l'hypothèque légale est attribuée sont... ». Aujourd'hui il dispose : « Indépendamment des hypothèques légales résultant d'autres codes ou de lois particulières, les droits et créances auxquels l'hypothèque légale est attribuée sont... ».

Cette réforme donnerait ainsi l'occasion d'actualiser la législation sur les hypothèques, de supprimer les atteintes les plus graves portées contre le régime hypothécaire de base (notamment les multiples dérogations en faveur du fisc), de simplifier et de mettre à jour les règles relatives au délai.

Cet effort d'harmonisation, de simplification et d'actualisation des textes belges relatifs aux hypothèques devrait s'accompagner d'une mise en œuvre adéquate de la règle de la double spécialité et du mécanisme publicitaire.

En référant à nos différentes propositions formulées ci-dessus à cet égard, nous réaffirmons notamment la suppression des hypothèques occultes ; une meilleure réglementation de l'hypothèque pour toutes sommes ; la suppression du droit reconnu au fisc d'inscrire l'hypothèque pour le recouvrement d'impôts sur les revenus malgré la faillite (une mesure qui offrirait, on le sait bien, une meilleure protection au gage commun des créanciers et qui pourrait ainsi profiter aux créanciers chirographaires) ; la réduction du rôle central reconnu aux conservateurs et notaires dans le système de publicité⁸⁴⁸ en informatisant celui-ci afin d'assurer sa fiabilité et de réduire les lourdeurs administratives.

Cette réforme s'impose avec acuité en droit belge et pourrait s'inspirer du régime hypothécaire mis en place par l'Acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés⁸⁴⁹.

B. Les perspectives d'assainissement des privilèges généraux : choix entre statu quo, limitation et suppression

Il a été souligné ci-dessus qu'à l'unité et à la faible importance des privilèges généraux au départ a succédé leur multiplication conduisant, actuellement, grâce au concours de l'essor industriel et commercial, à l'accroissement du nombre des travailleurs salariés et partant à la hausse de la masse salariale privilégiée.

⁸⁴⁸ Cette recommandation vaut aussi pour le droit uniforme de l'OHADA.

⁸⁴⁹ Nous pensons surtout à la mise en œuvre des principes de publicité et de spécialité, aux règles relatives au délai, ...

Ce mouvement s'est accompagné par la création des privilèges de la Sécurité sociale et du fisc garantissant, à leur tour, des sommes importantes, alors qu'ils étaient ignorés du législateur de 1851 et a fortiori du Code civil.

Il en résulte que si, jadis, les privilèges généraux ne constituaient pas un lourd fardeau pour les créanciers ordinaires du débiteur, ils absorbent, en revanche, actuellement, après apurement des sûretés qui leur sont préférées (hypothèques, gages sur fonds de commerce et privilèges spéciaux en particulier), une partie importante, si pas la totalité, de l'actif privant ainsi les créanciers chirographaires de tout dividende.

Comme souligné ci-avant, cette évolution et cette importance des privilèges généraux ici stigmatisées ne sont point propres au droit belge. Elles sous-tendent, dans une certaine mesure, les aménagements opérés en la matière par l'Acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés.

Aussi convient-il de noter que dans ces deux ordres juridiques, l'ampleur des sommes garanties au profit des salariés, de la Sécurité sociale et du fisc, que les privilèges généraux dont ils sont titulaires font échapper, à l'instar de tout créancier bénéficiaire d'une sûreté, aux effets du concours en raison de la préférence attachée à leurs créances, ne laisse, on s'en doute, quasiment rien aux créanciers chirographaires, corroborant ainsi, si besoin en est, leur égalité devant le néant et leur « immolation » systématique en cas de faillite ou liquidation des biens, procédures censées pourtant protéger également leurs intérêts.

Le phénomène paraît d'autant plus grave, en droit belge, qu'en plus du caractère occulte de certains privilèges généraux, les bénéficiaires de certains d'entre eux jouissent également, on l'a vu, d'un droit de préférence résiduel sur les immeubles⁸⁵⁰.

Nous pensons que, face à cette situation non équitable et non rationnel du point de vue de l'intérêt général et de l'efficacité économique, le législateur appelé à se pencher sur la question devra choisir entre le statu quo, la limitation ou la suppression de certains privilèges généraux. Un examen de ces différentes pistes de solution s'avère dès lors nécessaire en vue

⁸⁵⁰ Article 19, dernier alinéa, de la loi hypothécaire.

de mieux apprécier leur impact sur les créanciers chirographaires ainsi que leur mise en œuvre concrète.

1°. Le statu quo pour certains privilèges généraux

Le régime applicable aux frais de justice⁸⁵¹ en cas de faillite ou liquidation des biens nous paraît globalement satisfaisant. C'est dire que le fondement des règles qui les régissent justifie à lui seul leur priorité sur les autres créances et leur double relativité quant à leur assiette et leurs bénéficiaires aussi bien en droit belge qu'en droit uniforme.

Etant, en effet, considérés comme des frais des actes faits sous l'autorité de la justice, qui aboutissent à la conservation et à la liquidation de l'actif d'un débiteur dans l'intérêt commun des créanciers⁸⁵², ils bénéficient, en droit belge, d'un privilège général mieux classé⁸⁵³ et en droit uniforme OHADA, d'un règlement prioritaire⁸⁵⁴, fondés sur le fait qu'ils profitent aux différents créanciers.

Aussi l'équité commande-t-elle que la personne qui a engagé ces frais nécessaires à la liquidation des biens du débiteur ne soit pas exposée, pour leur remboursement, à subir la loi du concours⁸⁵⁵ et la justice veut-elle qu'elle soit remboursée par prélèvement sur le prix des avoirs que son initiative a permis de préserver ou de réaliser⁸⁵⁶, c'est-à-dire que tous ceux qui ont bénéficié de son initiative en supportent la charge.

Ce règlement prioritaire sur le produit de la réalisation est, comme on l'affirme pertinemment et au regard de ce qui précède, à la fois logique, puisque l'opération de réalisation fait

⁸⁵¹ Les frais de justice jouissent d'un privilège général sur les biens meubles et immeubles du débiteur en droit belge, alors que ne bénéficiant pas d'un privilège, en droit uniforme de l'OHADA, ils demeurent néanmoins mieux classés tant en matière mobilière qu'immobilière.

⁸⁵² V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 190 ; M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, 7^e éd., p. 494 ; J. Van COMPERNOLLE, « Les sûretés réelles en droit belge », *loc. cit.*, p. 98.

⁸⁵³ Articles 17, 19, 1^o, et 21 de la loi hypothécaire.

⁸⁵⁴ Articles 148, 1^o (actif immobilier) et 149, 1^o (actif mobilier) de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés et 166, 1^o (actif immobilier) et 167, 1^o (actif mobilier) de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif. Cette distinction est consacrée en droit français car le privilège des frais de justice y est prévu par l'article 2001, 1^o (actif mobilier) et 2104, 1^o (actif immobilier) du Code civil.

⁸⁵⁵ V. Ph. DELEBECQUE et M. GERMAIN, *Traité de droit commercial*, t. 2, 16^e éd., Paris, L.G.D.J., 2000, p. 1166.

⁸⁵⁶ V. Fr. T'KIINT, *ibid.*, p. 190.

apparaître un solde net après déduction de ces frais, et équitable, puisque ces frais profitent à tous ceux qui viennent sur les sommes obtenues⁸⁵⁷.

Pareil régime mérite, à notre avis, d'être maintenu nonobstant ses effets sur les autres créanciers, qui sont d'ailleurs, en partie, contenus par la double relativité quant aux bénéficiaires (le privilège n'est opposable qu'aux créanciers à qui les frais ont été utiles)⁸⁵⁸ et quant à l'assiette (les frais de justice ne sont privilégiés ou ne bénéficient d'un classement prioritaire que sur les biens, meubles ou immeubles, qu'ils ont permis de conserver ou de réaliser)⁸⁵⁹, qui en est consécutive.

Il invite, en outre, à ne retenir, comme on l'a vu dans nos considérations précédentes, que les seuls frais utiles ayant une connexité étroite avec la procédure ou engagés en vertu d'une obligation légale ou judiciaire, étant donné qu'il ne fait ombre d'aucun doute que si ces frais sont très élevés, la procédure collective ne servira qu'à entretenir ceux qui l'organisent au détriment des autres créanciers⁸⁶⁰.

Bref, l'inévitable statu quo du régime des frais de justice qui se dégage de développements ci-dessus révèle combien il est difficile de réduire ou de supprimer leur menace sur les autres créances, dont essentiellement celles chirographaires. Ce qui nous amène à examiner si leur salut proviendrait de la limitation de certains privilèges généraux.

2°. La limitation de certains privilèges généraux

Au titre de privilèges généraux dont la limitation de leur étendue est nécessaire, nous retenons ceux relatifs aux frais d'inhumation, aux frais de subsistance, à l'assureur sur la chose assurée et aux salaires.

⁸⁵⁷ V. M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, 7^e éd., p. 494.

⁸⁵⁸ Il s'agit là d'une condition essentielle qui commande que les frais profitent à d'autres créanciers qu'à celui qui les a avancés (dans ce sens, J. Van COMPERNOLLE, « Les sûretés réelles en droit belge », *loc. cit.*, p. 98).

⁸⁵⁹ C'est au nom de cette relativité quant à l'assiette que le privilège, général dans la loi hypothécaire, car portant sur tous les biens du débiteur, est cependant spécialisé, car il ne grève que les seuls biens à propos desquels les frais ont été exposés dans l'intérêt de tous (J. Van COMPERNOLLE, « Les sûretés réelles en droit belge », *ibid.*, p. 98). Les dispositions adoptées par l'OHADA susmentionnées mettent clairement en œuvre cette spécialisation de l'assiette.

⁸⁶⁰ V. Ph. MALAURIE et L. AYNES, *op. cit.*, p. 176.

Nous allons indiquer séparément la manière dont ils peuvent être limités au regard de leur régime actuel et apprécier chaque fois l'impact sur la situation des créanciers chirographaires.

a) Le privilège des frais d'inhumation

Repris dans la catégorie des « petits privilèges », à l'instar des privilèges de frais de subsistance et des frais de dernière maladie, en raison de l'insignifiance des sommes garanties ou de l'étroitesse de leur domaine, voire de leur vétusté⁸⁶¹, le privilège des frais d'inhumation est, comme on le sait, fondé sur des raisons évidentes de dignité, d'ordre moral et de salubrité publique et vise à assurer au débiteur insolvable des funérailles décentes⁸⁶².

Les dispositions légales le régissant ne précisent pas cependant l'étendue des frais d'inhumation, seule directive fournie par celles-ci pour déterminer les créances garanties. Ainsi, laissent-elles entiers les débats sur la question de savoir à quel montant est fixée la somme ainsi privilégiée.

La doctrine relative au droit uniforme OHADA fait écho de ce problème et montre que dans le silence de la loi, une hésitation entre une solution restrictive (limiter cette somme à celle forfaitairement prévue par le droit de la sécurité sociale ou par le Code CIMA⁸⁶³ pour le remboursement de telles dépenses) ou une solution large (étendre le privilège à toutes les sommes effectivement dépensées pour l'inhumation) est possible⁸⁶⁴. Aussi peut-on hésiter à cet égard entre inclure dans ce privilège les frais de cérémonies civiles et religieuses ou le limiter aux seuls frais d'inhumation (mise en bière et en terre)⁸⁶⁵.

Notre préférence porte sur la solution restrictive non seulement parce qu'elle ne nuit pas démesurément aux intérêts des autres créanciers, en ce compris les créanciers ordinaires, mais aussi et surtout parce qu'elle est assise sur des textes légaux écartant tout arbitraire dans l'évaluation de la créance garantie.

⁸⁶¹ V. M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, 7^e éd., p. 514.

⁸⁶² V. Fr. ANOUKAHA et al., *op. cit.*, p. 231 ; M. CABRILLAC et C. MOULY, *ibid.*, p. 514 ; Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 203.

⁸⁶³ L'article 264 du code des assurances CIMA (Conférence Interafricaine des Marchés d'Assurance) précise que « les frais funéraires sont remboursés sur présentation des pièces justificatives et dans la limite du SMIG annuel ». Il s'agit du SMIG de l'Etat membre de la CIMA sur le territoire duquel l'accident est survenu.

⁸⁶⁴ V. Fr. ANOUKAHA et al., *ibid.*, pp. 231-232.

⁸⁶⁵ *Idem*, p. 232.

C'est dans ce sens que nous invitons le législateur de l'OHADA à fixer expressément la somme privilégiée et les juges du fond à se prononcer, en attendant l'intervention du législateur, même si ces derniers peuvent également statuer, en toute souveraineté, en fonction de la situation personnelle du défunt (revenus, rang social, ...) ⁸⁶⁶.

Le législateur belge, pour sa part, pourrait s'inspirer de la tendance des tribunaux français à contenir la notion des frais d'inhumation dans une double et étroite limite ⁸⁶⁷ : d'abord, ils n'y ont compris que les frais d'ensevelissement et de cérémonie ⁸⁶⁸, écartant les dépenses entraînées par le décès, frais de deuil, de concession et même, ce qui paraît excessif, de transport entre le lieu du décès et celui de la sépulture ⁸⁶⁹ ; ensuite, se plaçant dans la logique d'une succession insolvable, ils n'ont pris en considération que les dépenses modestes, sans tenir compte de la position sociale du défunt ⁸⁷⁰.

Donc, dans l'un et l'autre cas, nous prôtons une limitation des créances garanties au strict nécessaire tout en assurant au défunt insolvable des funérailles décentes.

Il convient toutefois de minimiser l'impact des ces mesures sur la situation des créanciers ordinaires, car dans les liquidations des sociétés commerciales – qui sont les plus fréquentes – ce privilège est inexistant et ne cause par conséquent aucun tort aux créanciers susmentionnés. On ne pourra le maintenir donc que pour les successions insolubles au profit de toute personne qui a supporté ou fait l'avance des frais (qu'il s'agisse de l'entreprise de pompes funèbres ou du proche parent qui en a réglé la facture) à charge de la succession du défunt ⁸⁷¹.

b) Le privilège des frais de subsistance

Considéré comme le plus important des petits privilèges, encore que la situation qu'il concerne soit plus fréquente que ne l'est en pratique son exercice, décalage qui tient probablement à la modicité des sommes garanties ⁸⁷², ce privilège repose, on s'en doute, sur un

⁸⁶⁶ Fr. ANOUKAHA et al., *op. cit.*, p. 232.

⁸⁶⁷ V. M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, 7^e éd., pp. 514-515.

⁸⁶⁸ Cass. civ., 15 mars 1897, *D.*, 1897, 1, 280 ; *S.*, 1897, 1, 40, cité par M. CABRILLAC et C. MOULY, *ibid.*, p. 514.

⁸⁶⁹ T. civ. Seine, 20 janvier 1903, *Gaz. Trib.*, 1903, 1, 344, cité par M. CABRILLAC et C. MOULY, *ibid.*, p. 515.

⁸⁷⁰ CA Bordeaux, 15 juillet 1903, *D.*, 1904, 2, 326, cité par M. CABRILLAC et C. MOULY, *ibid.*, p. 515.

⁸⁷¹ V. comm. Charleroi, 29 novembre 1988, *J.L.M.B.*, 1989, p. 1500, cité par Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 203.

⁸⁷² V. M. CABRILLAC et C. MOULY, *ibid.*, p. 515.

fondement humanitaire, puisqu'il est destiné à favoriser la fourniture à crédit des biens indispensables.

Alors qu'il est strictement limité, en droit belge, aux « fournitures de subsistance » faites au débiteur ou à sa famille, au cours des six mois qui ont précédé la naissance du concours des créanciers (ou la mort du débiteur), en droit uniforme OHADA, en revanche, seules les dépenses faites pendant la dernière année ayant précédé le décès du débiteur, la saisie des biens sur le produit desquels les créanciers sont en concours ou en concurrence ou la décision d'ouverture contre lui d'une procédure collective de redressement judiciaire ou liquidation des biens⁸⁷³.

Encore une fois, le législateur est muet sur l'étendue du privilège qu'il consacre. Il ne précise pas notamment l'étendue des frais de subsistance afin de donner une indication claire sur les créances garanties.

Vu l'importance d'une telle précision sur la situation des créanciers du débiteur défaillant, nous faisons notre la définition suivante corroborée par la jurisprudence française. Par frais de subsistance, il faut comprendre, en effet, toutes les dépenses nécessaires à la nourriture et à l'entretien d'une personne (aliments, éclairage, vêtements, ...) à l'exclusion de produits ou de prestations de service de luxe⁸⁷⁴.

En attendant l'intervention du législateur, nous pensons que le privilège ne devrait garantir, en définitive, que tout ce qui est nécessaire à l'existence sans être luxueux. Bien entendu, il revient aux juges du fond d'apprécier souverainement cette ligne de démarcation en tenant compte ici aussi de la situation sociale et des revenus du débiteur pour fixer le montant des dépenses qui lui étaient nécessaires pour subsister⁸⁷⁵.

⁸⁷³ Le législateur français prévoit en la matière également le délai d'une année (voir, M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, 7^e éd., p. 515).

⁸⁷⁴ V. Fr. ANOUKAHA et al., *op. cit.*, p. 233. Cette définition est similaire à celle retenue en droit français où on fait coïncider la notion de subsistance avec celle d'aliments telle qu'elle est entendue actuellement, de sorte que le privilège garantit les créances correspondant non seulement à la fourniture de nourriture mais aussi à la fourniture d'électricité, de chauffage, de vêtements, etc. (Cass. civ., 11 avril 1933, *DH*, 1933, 297 ; *Gaz. Pal.*, 1933, 2, 137, cité par M. CABRILLAC et C. MOULY, *ibid.*, p. 515). En droit belge, par contre, l'opinion dominante admet le linge et non les vêtements (Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 203).

⁸⁷⁵ Dans ce sens, Fr. ANOUKAHA et al., *ibid.*, p. 232 ; M. CABRILLAC et C. MOULY, *ibid.*, p. 515.

Force est de constater que ce privilège est aussi moins menaçant pour les créanciers ordinaires en dépit de son meilleur classement, en droit belge surtout, pour la simple raison qu'il est refusé par la jurisprudence pour les « subsistances » fournies à une personne morale⁸⁷⁶. Or ce sont les personnes morales qui sont souvent confrontées aux procédures collectives sous examen. Cette limitation importante de ses bénéficiaires en réduit, en outre les effets sur les créanciers à telle enseigne que son maintien, malgré sa rareté, ne reste justifié que par son fondement.

c) Le privilège de l'assureur sur la chose assurée

Spécifique au droit belge, ce privilège repose sur une idée de plus value – ou plus exactement de conservation – du patrimoine du débiteur et est accordé à l'assureur sur la chose assurée, en garantie du paiement de deux annuités de primes⁸⁷⁷.

Aux termes de l'article 60 de la loi du 25 juin 1992 relative au contrat d'assurance terrestre, il ne porte que sur les primes relatives à « la période pendant laquelle il a couvert effectivement le risque ». Pareille précision ne figure malheureusement pas dans l'article 23 de la loi du 11 juin 1874, formant le nouveau titre X du livre I^{er} du Code de commerce consacré aux assurances en général, mais la cour d'appel de Liège a suppléé à cette carence, par application de la loi de 1992 précitée, en décidant à juste titre que les primes échues après que l'assureur a notifié à l'assuré qu'il suspendait sa garantie ne sont pas privilégiées : le privilège disparaît en même temps que la couverture d'assurance⁸⁷⁸.

C'est un privilège occulte, même lorsque son assiette est un immeuble et en dépit de son rang très favorable⁸⁷⁹. Seule la faible importance de la créance garantie par ce privilège peut justifier la dispense de toute publicité et atténue son impact sur les autres créanciers du débiteur.

⁸⁷⁶ Liège, 16 décembre 1985, *R.P.S.*, 1986, p. 218 et obs. P.C., *J.L.*, 1986, p. 183, cité par Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 203.

⁸⁷⁷ V. Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 195.

⁸⁷⁸ Liège, 25 juin 1986, *J.L.*, 1986, p. 559 ; dans le même sens, comm. Verviers [sais.], 12 février 1993, p. 985 et obs. G. DE LEVAL, cité par Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 195.

⁸⁷⁹ Il vient, en effet, immédiatement après le privilège des frais de justice (article 23, alinéa 2, de la loi du 11 juin 1874 et 60, alinéa 2, de la loi du 25 juin 1992).

Nous pensons néanmoins que sa publicité serait nécessaire au regard de son rang et pour l'intérêt des créanciers et que son utilité dans le domaine de l'assurance des choses justifie son maintien.

d) Le privilège des salaires

La situation des travailleurs en cas de faillite ou liquidation des biens aussi bien en droit belge qu'en droit uniforme OHADA a déjà été examinée en détail dans nos développements antérieurs. On a exposé notamment, à cette occasion, le privilège attaché à leurs créances (titulaires du privilège, créances garanties et étendue du privilège) et les modalités de l'intervention du Fonds d'indemnisation des travailleurs licenciés en cas de fermeture d'entreprises (ses missions, ses actions, son privilège et son concours avec d'autres créanciers du failli).

Nous allons à présent apprécier globalement les règles régissant la créance des travailleurs en cas de défaillance de l'employeur.

En effet, le système de protection de leur créance nous paraît d'emblée et de manière générale satisfaisant en droit belge, car il aboutit au paiement des créances salariales par le Fonds d'indemnisation précitée, qui, de ce fait, comble les lacunes du privilège général dont elles bénéficient en cas de faillite de l'employeur et est subrogé dans les droits des travailleurs. Ainsi, le caractère alimentaire du salaire se trouve ici respecté nonobstant les difficultés de l'employeur.

Le souci du législateur en droit uniforme OHADA est de garantir également le paiement des créances salariales malgré la défaillance de l'employeur et respecter ainsi le caractère alimentaire des salaires. Afin de pallier l'inefficacité du privilège général des travailleurs prévu par l'article 107, 3°, de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés, il a ainsi conféré à la créance des salaires un super privilège de meilleur rang dans la distribution des deniers⁸⁸⁰.

⁸⁸⁰ Voir les articles 148, 2°, en matière immobilière et 149, 3°, en matière mobilière, de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés.

Il en résulte que la protection de la créance salariale est différemment mise en œuvre dans les ordres juridiques sous examen.

Nous avons, en effet, montré ci-dessus que les salaires et accessoires du salaire échus et non payés avant l'ouverture de la faillite ou de la procédure de liquidation des biens, auxquels sont assimilées les indemnités accompagnant la rupture du contrat de travail, font l'objet d'un privilège général. Mais, afin d'assurer avec plus d'efficacité le versement des salaires dus, le droit uniforme, à l'instar du droit français, a instauré le super privilège.

En droits belge et français, un souci de réalisme économique a même conduit, on l'a vu, à mettre en place un système d'assurance prenant en charge le paiement des salaires dus en cas de faillite de l'employeur, l'organisme d'assurance se trouvant alors subrogé dans les droits du travailleur⁸⁸¹.

Il s'ensuit que si, en droit belge, l'assurance comble les lacunes du privilège général, en droit français, en revanche, elle comble aussi bien les lacunes dudit privilège que celles du super privilège, qui est pourtant censé, en droit uniforme OHADA, mieux protéger la créance salariale.

Le système ainsi mis en place par le législateur de l'OHADA peut ne pas atteindre son objectif en cas d'insuffisance du prix à ce stade de distribution. En effet, les créanciers de salaires super privilégiés, c'est-à-dire les travailleurs concernés, qui concourent à la distribution en proportion de leurs créances totales, au marc le franc, peuvent, dans ce cas, ne pas recevoir des deniers suffisants.

Non seulement ce système de protection des créances salariales montrera alors ses limites, mais aussi le caractère alimentaire des salaires sera méconnu dans cette situation de défaillance de l'employeur. L'efficacité du super privilège sera ainsi mise en doute et la nécessité d'instaurer en droit uniforme OHADA, au profit des salariés, une assurance de l'insolvabilité de leur employeur, à l'instar de la Belgique et de la France, ne sera plus à démontrer.

⁸⁸¹ V. Ph. WOODLAND, « Observations sur les orientations des droits européens de la faillite », *JCP*, 1984, I, 3137, n° 20.

Il est, en effet, important de savoir que les garanties qui accompagnent les créances salariales ne peuvent recevoir une application effective que si l'employeur dispose encore de quoi payer. Or, les procédures collectives sont caractérisées avant tout par l'insolvabilité de l'employeur à telle enseigne qu'en l'absence de tout actif, les sûretés destinées à garantir le paiement des salariés sont illusoires, quel que soit leur rang préférentiel⁸⁸².

En outre, à supposer qu'il y ait un actif, celui-ci doit être suffisant pour permettre le paiement intégral des créances salariales. Or, si les créances super privilégiées finissent par être réglées pour une très grande part, les créances salariales seulement privilégiées le sont infiniment moins, en raison de la prééminence des privilèges fiscaux et du concours du privilège de la sécurité sociale, et dans tous les cas elles le sont avec un immense retard, toujours excessif compte tenu de leur destination alimentaire⁸⁸³.

C'est pour pallier toutes ces insuffisances et en vue de soustraire les salariés aux conséquences de l'insolvabilité de leur employeur, en leur garantissant le paiement rapide et intégral de leurs créances salariales, que les législateurs belge et français recourent à la technique de l'assurance, qui consiste à assurer les travailleurs contre l'insolvabilité de leur employeur et à faire supporter la charge des primes uniquement aux patrons⁸⁸⁴.

Les mêmes motifs nous conduisent à proposer cette assurance de l'insolvabilité en droit uniforme OHADA. Cette réforme ferait, à notre avis, partie intégrante de l'harmonisation du droit social en cours actuellement ici tout comme l'Acte uniforme qui en résultera pourrait en constituer un fondement.

On a vu que l'organisme d'assurance entre, par l'effet de la subrogation, en concurrence avec les autres créanciers privilégiés et supplante les créanciers ordinaires. Nous montrerons ci-dessous que, pour l'intérêt de ces derniers, il serait équitable de le rentrer dans leur rang étant

⁸⁸² V. F. DERRIDA, « Vers la sécurité sociale des salaires ? Commentaire de la loi du 27 décembre 1973 tendant à assurer, en cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens, le paiement des créances résultant d'un contrat de travail », *loc. cit.*, p. 119, qui fait également référence à un adage de l'Ancien régime selon lequel « là où il n'y a rien, le roi perd ses droits ».

⁸⁸³ *Idem*, p. 119.

⁸⁸⁴ *Ibid.*, p. 119. Lire également, Y. DUMON et Fr. LAGASSE, *op. cit.*, p. 34 ; Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 207 ; A. ZENNER, *op. cit.*, p. 542.

donné que son intervention aboutit à une collectivisation du risque d'insolvabilité de l'employeur⁸⁸⁵.

Le législateur autrichien est allé dans ce sens en remplaçant le privilège des salaires par l'intervention d'un fonds de garantie des salaires créé en 1979, qui demeure subrogé dans les droits des travailleurs, mais ne bénéficie plus d'aucun privilège à compter du 1^{er} janvier 1984⁸⁸⁶.

Pareille réforme, qui n'est pas utopique comme on vient de le voir, reste par ailleurs en harmonie avec l'objectif primordial de paiement des salariés tout en augmentant les chances des créanciers ordinaires – en ce compris l'organisme d'assurance – de recevoir un dividende.

Il reste à savoir si, au regard des enjeux en présence, les législateurs concernés sont prêts à soumettre totalement ledit organisme aux aléas de la procédure d'ordre.

L'autre axe de la réforme concerne l'assainissement du régime du privilège des salariés en limitant le montant de la créance garantie, l'assiette du privilège et sa durée.

On sait, en effet, que les articles 19, 3^obis, de la loi hypothécaire et 90 de la loi sur les faillites fixent, en droit belge, le plafond du montant des créances garanties en le limitant aux seuls arriérés de rémunération et en y excluant les indemnités comprises dans la rémunération et qui sont dues aux mêmes personnes pour rupture de leur engagement et privilégiées sans limitation de montant.

Il sied de rappeler que le privilège des salariés ne se limite qu'au montant net de la rémunération, des indemnités de rupture et du pécule de vacances, excluant ainsi les cotisations sociales et le précompte professionnel du champ d'application du privilège prévu par l'article 19, 3^obis, de la loi hypothécaire.

La jurisprudence ainsi que la doctrine accueillent, on l'a dit, unanimement cette limitation de la créance garantie. Elle n'améliore cependant pas le sort des créanciers chirographaires dans

⁸⁸⁵ Dans ce sens, Ph. WOODLAND, « Observations sur les orientations des droits européens de la faillite », *loc. cit.*, n° 20.

⁸⁸⁶ *Idem*, n° 20.

la mesure où la protection de la créance liée aux cotisations sociales et au précompte professionnel est assurée par d'autres dispositions que nous commenterons ci-dessous.

Toujours en ce qui concerne la créance garantie par ledit privilège, nous avons déjà eu l'occasion de condamner, pour diverses raisons susmentionnées, l'interprétation extensive de l'article 90 de la loi sur les faillites tendant à modifier l'étendue du privilège consacré par l'article 19, 3^o*bis*, de la loi hypothécaire. L'on a, en outre, estimé qu'il serait nécessaire de préciser la formulation de l'article 90 de la loi sur les faillites de manière à éviter tout conflit entre lui et l'article 19, 3^o*bis*, de la loi hypothécaire.

Point n'est besoin de rappeler que le privilège prévu par cette dernière disposition ne porte que sur le produit de la réalisation de l'ensemble des biens meubles du débiteur, sous réserve de l'application de l'article 19, dernier alinéa, de la loi hypothécaire, qui confère aux bénéficiaires de ce privilège – les salariés – un droit de préférence résiduel sur les immeubles.

Il va sans dire qu'avec cet alinéa, le privilège des salaires constitue une menace pour les créanciers chirographaires aussi bien sur l'actif mobilier que sur l'actif immobilier du débiteur. On pourrait, à notre avis et pour l'intérêt de ces derniers, anéantir cette menace, en ce qui concerne l'actif immobilier, en faisant l'économie de ce dernier alinéa de l'article 19 de la loi hypothécaire. Pareille suppression ne porterait pas, ce me semble, atteinte à l'objectif de désintéressement intégral et rapide des créanciers, que l'assurance de l'insolvabilité de l'employeur continuera à garantir. Elle s'inscrirait d'ailleurs dans le choix du législateur belge, qui a voulu limiter principalement l'assiette de ce privilège aux seuls biens meubles.

On peut relever, en ce qui concerne le droit uniforme OHADA, que le privilège prévu par l'article 107, 3^o, de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés concerne les créances salariales échues durant la dernière année ayant précédé le décès du débiteur, la saisie des biens ou la décision judiciaire d'ouverture d'une procédure collective. Il s'agit là d'une limitation importante, car elle exclut les créances salariales échues plus d'un an avant ces événements ou postérieurement à eux.

La protection des autres créanciers du débiteur se trouve assurée ici par cette limitation du privilège dans le temps, alors qu'elle l'est, en droit belge, par le plafonnement des créances garanties. Encore que la durée prévue par le législateur français protège mieux ces derniers en

limitant le privilège reconnu aux salariés et apprentis aux créances de rémunération dues au titre de six derniers mois⁸⁸⁷.

En rapport avec la limitation du super privilège en droit uniforme OHADA, nous estimons qu'il est équitable de maintenir sa limitation à la fraction du salaire incessible et insaisissable, car toute extension menacerait démesurément les autres créanciers. Celle-ci a d'ailleurs été fustigée à juste titre en droit français lorsque le législateur, à travers la loi du 2 janvier 1973, a brutalement majoré la fraction super privilégiée des salaires en la portant très au-delà du montant que l'on peut considérer comme vital⁸⁸⁸.

Il convient de rappeler enfin que le bénéfice de ce privilège ne peut être reconnu qu'à toute personne dont le lien de subordination est constaté, peu important la nature du travail accompli, le mode de rémunération utilisé ou encore l'importance du salaire reçu⁸⁸⁹. Le critère de la subordination doit donc être considéré comme le seul critère permettant l'octroi de ce privilège et constituer le fondement de l'exclusion de son bénéfice de certaines personnes physiques et des personnes morales⁸⁹⁰.

En somme, la protection du caractère alimentaire de ce privilège est fortement assurée en droits belge et français par l'instauration d'un mécanisme d'assurance de l'insolvabilité de l'employeur au profit des travailleurs, alors qu'elle l'est, en droit uniforme OHADA, par le meilleur classement reconnu au super privilège aussi bien en matière immobilière qu'en matière mobilière. Si ceci est tout à fait légitime, il reste cependant que pour l'intérêt des autres créanciers, le privilège des salaires doit demeurer limité dans le temps, quant à ses bénéficiaires et à la créance garantie.

⁸⁸⁷ Ce législateur accorde cependant une limite plus favorable aux « gens de service » : celle des salaires de l'année échue et de l'année courante (M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, 7^e éd., p. 499). Il me semble que c'est cette limitation qu'a adoptée le législateur de l'OHADA en vue de favoriser la créance salariale au détriment notamment de celle chirographaire.

⁸⁸⁸ V. L. MARTIN, « Sûretés traquées : crédit détraqué », *Banque*, n° 341, juin 1975, 1.136. Il souligne, en outre, ici les effets néfastes de cette extension non seulement sur les créanciers chirographaires, mais aussi sur les privilégiés et se demande s'il faut vraiment sacrifier tous les autres intérêts au versement d'une fraction supplémentaire que la loi elle-même ne considère pas comme alimentaire, puisqu'elle excède le S.M.I.C. Lire également, M. CABRILLAC et C. MOULY, *ibid.*, pp. 500 et s., qui notent que le super privilège repose sur un fondement exclusivement alimentaire qui détermine l'ensemble des règles qui lui sont applicables. Il devient dès lors inéquitable, à notre avis comme de celui de ces auteurs, d'aller outre ce fondement de l'institution.

⁸⁸⁹ V. M. de JUGLART et B. IPPOLITO, *op. cit.*, p. 337.

⁸⁹⁰ C'est le cas notamment du locataire-gérant, du contrôleur financier non salarié ou encore de l'entreprise de travail temporaire (M. de JUGLART et B. IPPOLITO, *ibid.*, p. 337 et la jurisprudence citée).

Les mesures allant dans ce sens que nous venons de commenter montrent somme toute que le privilège des salaires avec sa partie super privilégiée continuera à constituer un danger pour les créanciers ordinaires au regard de son classement prioritaire justifié par son fondement en droit uniforme OHADA et si l'on n'adhère pas à la proposition de supprimer la subrogation reconnue à l'organisme d'assurance aussi bien en droit belge qu'en droit français.

3°. La suppression de certains privilèges généraux

Il a déjà été mentionné ci-dessus que le gonflement des créances privilégiées – au nombre desquelles figurent utilement les privilèges du fisc et de la Sécurité sociale – constitue l'une des causes de privation de dividende aux créanciers chirographaires en cas de faillite ou liquidation des biens. Ces derniers constituent, on s'en doute, ici la catégorie des créanciers la plus fragile économiquement et la moins bien protégée juridiquement par rapport notamment aux créanciers publics – le trésor et la Sécurité sociale.

On sait également, en effet, que les privilèges du fisc, de la Sécurité sociale et des salaires garantissent des créances que la vie économique ne cesse de faire croître actuellement avec comme conséquence que les actifs des entreprises tendent à devenir relativement faibles par rapport à ces créances, de sorte que même l'efficacité de ces privilèges est menacée⁸⁹¹ et que les procédures collectives ne concernent plus, en définitive, qu'une catégorie limitée de créanciers dans bien de cas.

Il y a lieu de constater, en outre, que les développements économiques ainsi que les besoins supplémentaires que manifeste l'Etat pour faire face à ses nouvelles charges sont à la base de l'augmentation du poids de l'impôt, qu'il s'agisse des impôts directs payés par les entreprises ou des contributions indirectes collectées pour le compte de l'Etat par ces mêmes entreprises.

Il en résulte, d'une part, que le privilège général reconnu au fisc combiné avec celui de la Sécurité sociale opèrent aujourd'hui une ponction sans commune mesure avec la situation de jadis, et, d'autre part, que leur exercice est supporté par les créanciers ordinaires, car les prélèvements diminuent sensiblement, voire vident souvent, l'actif disponible.

⁸⁹¹ Elle peut notamment être menacée par l'ampleur des créances super privilégiées (en droit uniforme de l'OHADA et en droit français) ainsi que celle des créances hypothécaires et des privilèges spéciaux.

Lorsqu'on s'en tient aux fondements des deux premiers privilèges susmentionnés, qui reposent essentiellement sur la défense de l'intérêt général, on est amené à se demander s'il n'est pas vraiment anormal d'en faire supporter le poids essentiellement par les créanciers ordinaires⁸⁹², qui sont d'ailleurs souvent les fournisseurs, c'est-à-dire d'autres entreprises qui subissent ainsi, d'une manière habituelle et fréquente, des dommages jamais indemnisés.

M. ROSSIGNOL observait à juste titre, à cet égard, que si cette situation était admissible à une époque où l'euphorie économique éclipsait ces problèmes, aujourd'hui, la précarité de la situation de nombreuses entreprises conduit à s'interroger sur le fondement d'un tel système⁸⁹³. De nos jours, en effet, l'augmentation du nombre des faillites – qu'on peut observer notamment en Belgique⁸⁹⁴ – constitue un danger non moins important pour les entreprises créancières encore viables.

La conservation du patrimoine industriel, qui est un objectif d'intérêt national, ne justifie-t-elle pas que, dans un tel contexte, on remette en question le principe selon lequel ce sont les créanciers chirographaires et donc les entreprises qui doivent supporter le poids des dettes privilégiées des entreprises défaillantes ? Les fondements même de ces privilèges ne rendent-ils pas encore plus contestable ce principe de même qu'ils commandent de se demander si l'on peut envisager sérieusement de priver le fisc et la Sécurité sociale de leurs sûretés ?

Nous pensons qu'il est nécessaire et possible de remettre ces privilèges en question au nom de l'efficacité économique et de l'intérêt général et qu'il convient, pour ce faire, de limiter leur étendue ou de les supprimer purement et simplement⁸⁹⁵ si l'on veut améliorer sensiblement la situation des créanciers ordinaires et partant restaurer tant soit peu la règle de l'égalité des créanciers dans les procédures collectives sous examen. Mais la tâche n'est pas, on le verra, évidente en pratique, car il s'agit ni plus ni moins de sacrifier l'intérêt général au profit de l'intérêt privé.

Pour l'intelligence de la question, nous examinerons ainsi successivement, en appréciant chaque fois l'impact sur les créanciers chirographaires, la limitation des privilèges généraux

⁸⁹² V. « Extraits du rapport de M. Henry ROSSIGNOL », *Gazette du Palais*, 1978, p. 612.

⁸⁹³ *Idem*, p. 613.

⁸⁹⁴ Voir les statistiques des faillites en Belgique fournies par GRAYDON de 2001 à nos jours (<http://www.graydon.be/>).

⁸⁹⁵ C'est au nom de l'intérêt général que nous allons proposer également la suppression de la subrogation du Fonds de fermeture aux droits des travailleurs payés.

du fisc et de la Sécurité sociale (a), la suppression des privilèges généraux du fisc et de la Sécurité sociale (b), la suppression de la subrogation du Fonds d'indemnisation des travailleurs licenciés en cas de fermeture d'entreprises (c) et la suppression du privilège des frais de dernière maladie pour des raisons particulières(d).

a) De la limitation des privilèges généraux du fisc et de la Sécurité sociale

Notre principal objectif ici est de voir comment on peut limiter les privilèges généraux du fisc et de la Sécurité sociale afin de donner accès aux créanciers chirographaires à une partie de l'actif disponible. Pour ce faire, nous analyserons successivement la limitation de ces sûretés dans le temps ainsi que la réduction de leur assiette.

- **La limitation des privilèges généraux du fisc et de la Sécurité sociale dans le temps**

En droit uniforme OHADA, le Trésor ainsi que la Sécurité sociale jouissent aussi longtemps qu'ils le souhaitent de leur droit de préférence. L'Acte uniforme portant organisation des sûretés ne comporte aucune limitation de leur sûreté dans le temps⁸⁹⁶.

Le droit belge, à l'instar du droit français, n'assigne aucun délai à plusieurs privilèges généraux du fisc⁸⁹⁷. Il limite, en revanche, afin de réduire l'ampleur du privilège général de la Sécurité sociale et surtout de contraindre l'O.N.S.S. à faire diligence pour recouvrer judiciairement les cotisations impayées et ne pas laisser gonfler les arriérés, à cinq ans, à dater de leur exigibilité, le privilège attaché à ses créances (article 19, 4^{ter}, de la loi hypothécaire)⁸⁹⁸.

Il s'agit là d'un délai très long par rapport à celui qui est consacré en droit français. En effet, ce privilège garantit ici les cotisations pendant un an à compter de leur exigibilité⁸⁹⁹. Pour les raisons ci-dessous, ce dernier délai nous paraît raisonnable.

⁸⁹⁶ Il n'exclut pas, cependant, au regard de son article 106, alinéa 2, que des législations nationales procèdent à cette limitation.

⁸⁹⁷ On peut notamment constater que l'important privilège du receveur de la taxe sur la valeur ajoutée y est illimité dans le temps, alors que le privilège du receveur des droits de succession a une durée de dix-huit mois à compter de l'ouverture de la succession (Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 215).

⁸⁹⁸ V. Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 212. A noter que ce délai est suspendu par la mort du débiteur, la saisie même partielle de ses biens ou son dessaisissement.

⁸⁹⁹ V. M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, 7^e éd., p. 517.

On sait, en effet, que le droit de préférence accordé au fisc et à la sécurité sociale vise à faciliter le recouvrement des impôts et des cotisations sociales. Il se justifie par l'intérêt public attaché au recouvrement de ces créances si bien que l'on est en droit de se demander s'il n'est pas possible de limiter ce droit de préférence au temps nécessaire pour le recouvrement des cotisations fiscales et sociales⁹⁰⁰ et de considérer qu'il est nuisible d'accorder des privilèges à ces administrations au-delà du temps nécessaire au recouvrement des impôts et cotisations⁹⁰¹.

Laisser aux administrations un an pour recouvrer leurs créances ne nous paraît pas en tout cas insuffisant⁹⁰², surtout que les impôts et cotisations pour une année représentent déjà des sommes très importantes que l'entreprise qui les a laissés s'accumuler aura du mal à régler⁹⁰³. En conséquence, l'Administration qui n'aurait pas, dans le délai imparti de douze mois, procédé au recouvrement des sommes qui lui sont dues ne perdrait pas pour autant sa qualité de créancier, mais serait purement et simplement considérée comme un créancier chirographaire et soumise au droit commun⁹⁰⁴.

Hormis l'absence de volonté politique qui ne peut être sous-estimée en présence d'une réforme de cette ampleur⁹⁰⁵, cette réduction du privilège dans le temps ne poserait pas, en pratique, de problème pour sa réalisation. On s'inspirerait notamment de dispositions régissant le privilège général de la Sécurité sociale en France et on les étendrait à toutes les sûretés générales de l'Administration. Et là où l'inscription de la sûreté serait requise, elle ne pourrait l'être que pour un temps très bref et ne pourrait être renouvelée⁹⁰⁶.

Il s'agit là, observe-t-on, d'une rigueur qui serait de l'intérêt de tous, car elle accélérerait le recouvrement des impôts et des cotisations, éviterait la survie artificielle des entreprises qui se maintiennent au moyen du non paiement de leurs obligations fiscales et sociales⁹⁰⁷. Elle laisse

⁹⁰⁰ Dans ce sens, P. SERLOOTEN, « L'entreprise en difficulté, le trésor, la Sécurité sociale et les autres », *loc. cit.*, p. 506.

⁹⁰¹ V. P. FANGAIN, « La réforme du droit de la faillite », *Gazette du Palais*, 1976, p. 580.

⁹⁰² Dans ce sens, P. FANGAIN, « la réforme du droit de la faillite », *ibid.*, p. 580 ; P. SERLOOTEN, « L'entreprise en difficulté, le trésor, la Sécurité sociale et les autres », *ibid.*, p. 506. C'est ce délai qui est consacré en droit français pour le privilège de la Sécurité sociale.

⁹⁰³ P. SERLOOTEN, « L'entreprise en difficulté, le trésor, la Sécurité sociale et les autres », *ibid.*, p. 506.

⁹⁰⁴ *Idem*, p. 506 ; P. FANGAIN, « la réforme du droit de la faillite », *ibid.*, p. 580.

⁹⁰⁵ M. SERLOOTEN signale, à cet égard, qu'en dépit des avantages d'une telle réforme, il ne faudrait pas pour autant penser que son adoption se ferait sans difficulté (P. SERLOOTEN, « L'entreprise en difficulté, le trésor, la Sécurité sociale et les autres », *ibid.*, p. 509).

⁹⁰⁶ V. P. SERLOOTEN, « L'entreprise en difficulté, le trésor, la Sécurité sociale et les autres », *ibid.*, p. 506.

⁹⁰⁷ Voir P. FANGAIN, « la réforme du droit de la faillite », *ibid.*, p. 580. Lire également, P. SERLOOTEN, « L'entreprise en difficulté, le trésor, la Sécurité sociale et les autres », *ibid.*, p. 508, qui souligne qu'on évite

néanmoins subsister les aléas qui planent sur les créances chirographaires en cas de faillite ou liquidation des biens, car les actifs disponibles resteront souvent, si pas toujours, affectés au paiement des créances fiscales et sociales.

En somme, cette mesure, qui ne méconnaît guère qu'il en va de l'intérêt de tous que l'Etat recouvre les ressources sur lesquelles il compte, a tout simplement le mérite de rendre inefficace une sûreté générale qui n'est pas justifiée par un délai raisonnable, de rapprocher la situation de l'Etat de celle des autres dispensateurs de crédit et de l'inciter à une grande prudence en le mettant devant ses responsabilités.

- **La réduction de l'assiette des privilèges généraux du fisc et de la Sécurité sociale**

En droit uniforme OHADA, les privilèges généraux du fisc et des organismes de sécurité et de prévoyance sociales comportent un droit de préférence qui s'exerce, on s'en doute, sur les biens immeubles et sur les biens meubles.

En droits belge et même français, ces privilèges sont, en revanche, essentiellement des privilèges généraux mobiliers. L'article 19, alinéa dernier, de la loi hypothécaire belge dispose cependant que *« lorsque la valeur des immeubles n'a pas été absorbée par les créances privilégiées ou hypothécaires, la portion du prix qui reste due est affectée de préférence au paiement des créances énoncées au présent article »*. Il s'agit des créances privilégiées sur la généralité des meubles consacrées par cet article.

Au regard de ce dernier alinéa de l'article 19 de la loi hypothécaire, le privilège général sur meubles passe donc pour un privilège général sur meubles et immeubles dégénéré, qui confère ainsi un droit de préférence sur la valeur de l'ensemble des meubles et des immeubles après que les créanciers privilégiés sur immeubles et les créanciers hypothécaires aient été payés et donc avant que ne le soient les créanciers ordinaires⁹⁰⁸.

Il en résulte qu'après paiement des créanciers privilégiés sur immeubles et hypothécaires, le solde du prix des immeubles saisis servira le plus souvent à apurer les créances des titulaires

ainsi la continuation inutile d'une exploitation aboutissant finalement à une procédure laissant une multitude de créanciers exsangues et où seul l'Etat reprend ses billes (et encore !).

⁹⁰⁸ Dans ce sens, I. MOREAU-MARGREVE, « Evolution du droit et de la pratique en matière de sûretés », *loc. cit.*, pp. 101-102.

d'un privilège général sur meubles, tel celui de l'O.N.S.S.⁹⁰⁹. Dans ces conditions, les créanciers chirographaires en bénéficieront rarement.

La question de savoir s'il existe des privilèges généraux sur meubles sans vocation résiduaire sur la valeur des immeubles et plus précisément, si ce dernier alinéa de l'article 19 profite au Trésor, a beaucoup préoccupé la doctrine et la jurisprudence en Belgique.

La doctrine y a, en effet, depuis longtemps réservé une réponse négative au nom de l'interprétation restrictive des lois créant des privilèges, qui commande d'exclure le privilège dont bénéficie le fisc en vertu de dispositions légales contenues ailleurs que dans la loi hypothécaire et concluait que le fisc ne peut primer les créanciers ordinaires sur le produit de la réalisation des immeubles⁹¹⁰.

La jurisprudence allait également dans ce sens, car par deux arrêts du 22 novembre 1990⁹¹¹, la Cour de cassation belge a décidé que l'article 19, dernier alinéa, de la loi hypothécaire ne s'applique pas au privilège du fisc.

Force est de constater cependant qu'en réaction contre ces décisions, la loi du 22 juillet 1993 a expressément rendu le texte applicable aux privilèges des receveurs des impôts sur les revenus et de la taxe sur la valeur ajoutée – c'est-à-dire les privilèges fiscaux les plus importants – qui frappent donc meubles et immeubles du redevable⁹¹². Ainsi, la solution retenue par les arrêts précités ne s'applique plus qu'aux privilèges attachés aux autres impôts.

Le législateur a donc opté pour la protection des créances du fisc les plus significatives au détriment notamment de celles chirographaires. Il a en tout cas raté l'occasion d'améliorer tant soit peu le sort de ces dernières en se conformant à la position de la jurisprudence et de la doctrine.

⁹⁰⁹ V. J. Van COMPERNOLLE, « Les sûretés réelles en droit belge », *loc. cit.*, p. 100.

⁹¹⁰ *Idem*, p. 100 ; I. MOREAU-MARGREVE, « Faut-il réviser les dispositions du Code civil en matière de sûretés et dans l'affirmative, quelles seraient les grandes orientations d'une révision ? », *loc. cit.*, p. 602 ; Fr. T'KINT, *op. cit.*, pp. 213 et s. et références citées.

⁹¹¹ *Pas.*, 1991, I, p. 299 et *Pas.*, 1991, I, p. 305 ; *R.P.S.*, 1991, p. 124 et obs. Fr. T'KINT ; *Rev. not.*, 1991, p. 214 et obs. J.-L. LEDOUX.

⁹¹² V. Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 214.

On peut retenir malgré tout de ce qui précède qu'il n'est pas impossible de réduire l'assiette des privilèges généraux sur meubles en faisant l'économie du dernier alinéa de l'article 19 de la loi hypothécaire. On aurait ainsi en droit belge une véritable catégorie des privilèges généraux sur meubles et on accroîtrait, en outre, les chances de voir les créanciers chirographaires participer à côté des autres créanciers à la répartition du solde du prix des immeubles dégagé à l'issue du paiement des créanciers privilégiés sur ceux-ci et hypothécaires.

Le droit français ne tranche pas clairement la question dans l'un ou l'autre sens, car il fait du privilège de la Sécurité sociale et des organismes de prévoyance un privilège simplement mobilier⁹¹³, alors qu'une jurisprudence constante⁹¹⁴ permet au Trésor d'exercer son privilège sur le reliquat du prix de vente d'un immeuble après désintéressement des créanciers inscrits⁹¹⁵. L'on estime d'ailleurs à juste titre que cette solution est très contestable puisqu'elle attribue au fisc un droit préférable à ceux des créanciers chirographaires sur la valeur d'un immeuble exclu de l'assiette du privilège, valeur qui n'apparaît que par le jeu d'une vente forcée⁹¹⁶.

Il est difficile d'espérer, au regard des enjeux politiques qui dominent la matière des privilèges, que le législateur français contredira, le moment venu, cette position jurisprudentielle en consacrant celle doctrinale, qui fait du privilège du Trésor un privilège simplement mobilier à l'instar du privilège de la Sécurité sociale et des organismes de prévoyance. Point n'est besoin de souligner en plus que c'est pourtant cette dernière solution qui améliorerait modestement le sort des créanciers ordinaires.

Bref, il est possible et souhaitable, au regard de ce qui précède, de ne limiter, en droits belge et français, l'assiette des privilèges généraux du fisc et de la Sécurité sociale qu'aux seuls biens meubles et donc d'en faire des véritables privilèges généraux mobiliers. Le crédit hypothécaire ainsi que le crédit chirographaire ne s'y opposent manifestement pas. Une meilleure prise en compte de la place de ce dernier crédit dans la vie économique permettrait de comprendre que le Trésor n'y perd rien en définitive.

⁹¹³ V. M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, 7^e éd., p. 517.

⁹¹⁴ V. Cass. com., 12 juillet 1854, S., 1854, 1, 569 ; D.P., 1854, 1, 303 ; 21 avril 1963, *Bull. civ.*, III, n° 212 ; Cass. com., 21 décembre 1964, *Bull. civ.*, III, n° 580 ; R.T.D. com., 1965, obs. HOUIN, cité par M. CABRILLAC et C. MOULY, *ibid.*, p. 513.

⁹¹⁵ V. M. CABRILLAC et C. MOULY, *ibid.*, p. 513.

⁹¹⁶ *Idem*, p. 513.

En revanche, aucun critère ne permet, à notre avis, en droit uniforme OHADA, d'écarter certains biens et au contraire d'en retenir d'autres de l'assiette des privilèges généraux du fisc et des organismes de sécurité et de prévoyance sociales, puisque le législateur a voulu expressément que ces privilèges généraux s'étendent aussi bien sur les biens meubles qu'immeubles en prévoyant leur rang dans l'un et l'autre cas. Le crédit chirographaire a donc été clairement sacrifié ici.

Les considérations précédentes nous amènent à considérer finalement que la limitation des sûretés sous examen dans le temps ainsi que la réduction de leur assiette, bien que souhaitables, non seulement produisent des effets aléatoires sur la situation des créanciers chirographaires, mais aussi et surtout demeurent difficiles à mettre en œuvre au regard des enjeux politiques qui transcendent la réglementation des privilèges généraux susmentionnés.

Est-il alors évident, dans ces conditions, de supprimer purement et simplement ces derniers en vue d'améliorer davantage le sort des créanciers ordinaires en cas de faillite ou liquidation des biens ? Les lignes qui suivent tenteront de répondre à cette question.

b) De la suppression des privilèges généraux du fisc et de la Sécurité sociale

M. CABRILLAC et Christian MOULY ont à juste titre écrit, corroborant ainsi nos considérations antérieures et postérieures, que dans le domaine des privilèges généraux mobiliers, « ce n'est pas le nombre qui est gênant, car certains d'entre eux sont désuets ou dépourvus d'importance pratique ; c'est l'ampleur des sommes garanties au profit de deux créanciers gargantuesques, le fisc et la Sécurité sociale, qui, au mieux, ne laissent que quelques miettes aux créanciers chirographaires »⁹¹⁷.

On sait déjà, en effet, que le malaise engendré par les créances privilégiées du fisc et de la Sécurité sociale, qui, le plus souvent, absorbent complètement la totalité de l'actif d'un commerçant en cessation des paiements, ruinant ainsi le crédit chirographaire⁹¹⁸, a

⁹¹⁷ V. M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, 7^e éd., p. 513.

⁹¹⁸ Ph. MALAURIE et L. AYNES, *op. cit.*, p. 217.

unanimement été dénoncé sans pour autant suscité une réaction décisive chez beaucoup de législateurs⁹¹⁹.

Les mesures de limitation de ces privilèges ci-dessus proposées ont montré à la fois leur importance et leur limite au point qu'il devient nécessaire de voir s'il est possible de supprimer purement et simplement ces derniers en les abandonnant à l'emprise du droit commun. Un succinct rappel de leur fondement s'impose dès lors avant de justifier la présente mesure et d'en évaluer la portée.

- **Rappel du fondement des privilèges généraux du fisc et de la Sécurité sociale**

On sait que la créance du fisc, qui a bénéficié de tout temps d'une place spéciale, mieux privilégiée, ne participe pas de l'expression d'une volonté contractuelle dans la mesure où le Trésor ne choisit pas son débiteur, puisque ce dernier lui est « imposé » par la situation⁹²⁰. Dès lors, relève-t-on, l'administration fiscale ne peut avoir aucune responsabilité dans les difficultés de recouvrement de sa créance⁹²¹.

Ainsi trouve un fondement le fait que le Trésor a toujours bénéficié, dans les procédures collectives de recouvrement, d'une situation privilégiée ou du moins exorbitante⁹²². L'avantage ainsi reconnu au Trésor pourrait aussi être justifié en se fondant sur l'intérêt public qui s'attache au recouvrement de l'impôt⁹²³.

Cette situation avantageuse du fisc dans les procédures collectives est essentiellement traduite par la reconnaissance de diverses sûretés – dont, on vient de le souligner, le privilège général qui lui confère un droit de préférence – lui permettant d'appréhender une partie importante des quelques dividendes distribués dans le cadre de ces procédures.

⁹¹⁹ L'on salue tout de même le fait que certains législateurs, tenant compte des conséquences néfastes du gonflement du volume des créances garanties, ont soumis ces privilèges généraux à une publicité des sommes garanties dont le jeu est susceptible de restreindre leur exercice (M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, 7^e éd., pp. 513 et 518 ; Fr. ANOUKAHA et al., *op. cit.*, p. 231 ; Ph. DELEBECQUE et M. GERMAIN, *op. cit.*, p. 1169).

⁹²⁰ V. P. SERLOOTEN, « Le Trésor, créancier de l'entreprise », *La situation des créanciers d'une entreprise en difficulté*, Paris, Montchrestien, 1998, p. 105.

⁹²¹ *Idem*, p. 105.

⁹²² *Ibid.*, p. 105.

⁹²³ *Ibid.*, p. 105.

Le fondement du privilège de la Sécurité sociale est, pour sa part, composite, puisqu'il constitue une mesure de protection de l'assuré social en permettant un meilleur financement des avantages que le système lui ménage⁹²⁴ et repose aussi sur l'intérêt collectif des cotisants en visant à alléger la charge des impayés⁹²⁵.

L'intérêt général qui fonde les deux privilèges sous examen explique pourquoi nous les soumettons au même sort ici. Mais tout le problème est de savoir maintenant s'il ne constitue pas un obstacle à leur suppression.

- **Justification de la mesure tendant à supprimer les privilèges généraux du fisc et de la Sécurité sociale**

Après avoir constaté que le poids des privilèges généraux du fisc et de la Sécurité sociale est actuellement supporté par les entreprises qui produisent au passif en qualité de fournisseurs, la présente mesure que nous proposons repose essentiellement sur l'idée que la protection des intérêts du fisc et de la Sécurité sociale ne devrait plus reposer principalement sur le sacrifice des créanciers ordinaires, mais sur une sorte de socialisation des risques de l'insolvabilité⁹²⁶.

Ainsi, ce qui est dû à l'Etat devrait être considéré comme une insuffisance de rentrées fiscales à corriger à l'aide du système d'imposition applicable à l'ensemble des contribuables. En outre, si l'Etat sort « perdant » en tant que créancier impayé d'un débiteur insolvable, il sort « gagnant » en raison du fait que, dans la procédure menée à l'encontre de ce débiteur, l'absence d'un passif fiscal privilégié aura permis le remboursement – minime soit-il – des fournisseurs, qui auront ainsi évité de déposer leur bilan dans une série de faillites en

⁹²⁴ V. M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, 7^e éd., p. 517, qui précisent, en outre, que ce fondement se rapproche de celui du privilège des salariés, mais en diffère par l'absence de toute considération alimentaire, ce qui explique que les cotisations correspondant au super privilège ne bénéficient pas du rang de faveur de ce dernier. Cette différence fondamentale dans le fondement des deux privilèges justifie pourquoi nous proposons ici la suppression du privilège général de la Sécurité sociale, mais pas celui des salariés.

⁹²⁵ *Idem*, p. 517. Ce fondement est, comme le relèvent ces auteurs, comparable à celui des privilèges fiscaux.

⁹²⁶ Dans ce sens, D. BORCAN, « Les nouvelles procédures collectives d'apurement du passif en Europe centrale - De l'inspiration allemande, américaine et française et des tendances fortes des règles régissant ces procédures », *loc. cit.*, p. 19.

chaîne⁹²⁷. Par conséquent, ils se maintiendront sur la scène économique où, en tant que contribuables, ils continueront à payer des impôts⁹²⁸.

Dans le même ordre d'idées, Lord ANDERSON commentant une décision écossaise de 1916⁹²⁹ contestait déjà légitimement, à notre avis, la doctrine de la « *Crown preference* », fondement du privilège du trésor, en demandant : « Pourquoi les individus doivent-ils souffrir dans l'intérêt général, spécialement dans le cas présent (de la faillite), où le bénéfice public est infinitésimal mais la perte individuelle substantielle ? »⁹³⁰.

Le *Cork Report*⁹³¹, valorisant les commentaires précités, nous rejoint, mutatis mutandis, lorsqu'il observe également que le fisc regagne en préservant la situation économique des créanciers privés ce qu'il perd en abandonnant son privilège particulier⁹³².

M. ROSSIGNOL, abondant dans le même sens, a, quant à lui, exposé magistralement les arguments qui militent en faveur de la disparition de ce privilège⁹³³. Il relève en premier lieu, en effet, en s'appuyant sur l'intérêt collectif qui fonde ce privilège, que le système fiscal est conçu de façon que plus les entreprises produisent et plus elles deviennent rentables, plus elles payent l'impôt à telle enseigne que la collectivité tire un profit indiscutable du bon fonctionnement des entreprises ; il est normal qu'en cas de faillite d'une entreprise, ce soit la nation qui supporte les conséquences de cette défaillance et non pas les autres entreprises qui produisent à titre chirographaire. En d'autres termes, poursuit-il, il serait normal que le Trésor produise également à titre chirographaire, de manière à ne pas pénaliser les autres entreprises dont la situation est au moins aussi importante pour la collectivité que la récupération d'ailleurs hypothétique des créances fiscales de la première.

Il indique, en second lieu, en se fondant sur la récupération hypothétique de ces dernières au regard de la procédure d'ordre, qui détermine, on s'en doute, les chances de remboursement

⁹²⁷ V. D. BORCAN, « Les nouvelles procédures collectives d'apurement du passif en Europe centrale - De l'inspiration allemande, américaine et française et des tendances fortes des règles régissant ces procédures », *loc. cit.*, pp. 19-20.

⁹²⁸ *Idem*, p. 20.

⁹²⁹ Affaire *Admiralty v. Blair's Trustee*, citée par Ph. WOODLAND, « Observations sur les orientations des droits européens de la faillite », *loc. cit.*, p. 22.

⁹³⁰ V. Ph. WOODLAND, « Observations sur les orientations des droits européens de la faillite », *ibid.*, p. 22.

⁹³¹ Aux numéros 1409 et suivants où il propose, en rapport avec les créances fiscales, non pas de supprimer tout privilège, mais de le ramener au rang des privilèges généraux ordinaires.

⁹³² Ph. WOODLAND, « Observations sur les orientations des droits européens de la faillite », *ibid.*, p. 22.

⁹³³ V. « Extraits du rapport de M. Henry ROSSIGNOL », *loc. cit.*, pp. 614 et s.

dans une procédure liquidative, que même le trésor est généralement moins bien remboursé et qu'en conséquence, son privilège manque d'efficacité. Ainsi convient-il de vérifier non seulement si la suppression de ce privilège ferait perdre au Trésor des sommes considérables pour qu'on soit si réticent à cette mesure, mais aussi si elle ne profite pas au Trésor comme à tous ceux qui sont actuellement remboursés dans des conditions défavorables.

Il observe, enfin, que le privilège du trésor garantit des sommes qui sont accordées, pour des raisons parfois plus politiques que purement économiques et conclut que la nation tire un profit des entreprises rentables qui payent l'impôt ; elle doit donc supporter la charge de l'impôt non payé par les entreprises défailtantes.

L'auteur précise d'ailleurs pertinemment que l'intérêt général ne doit pas s'analyser comme la simple nécessité pour le trésor d'encaisser ses créances. Si, dit-il, la suppression de ce privilège permet aux créanciers chirographaires de sauvegarder leurs exploitations et ainsi d'augmenter les chances d'améliorer la rentabilité génératrice d'impôt et, à terme, d'éviter un accroissement du chômage, la collectivité y aura trouvé un intérêt sans commune mesure avec celui qu'elle aura retiré de l'encaissement, de toute façon partiel, de sa créance que son privilège lui aura concédé⁹³⁴. On comprend donc que loin d'être un obstacle à la suppression de ce privilège, l'intérêt général en constituerait une véritable justification.

Quant à la Sécurité sociale, elle est, comme le trésor, un véritable associé obligatoire des entreprises : l'augmentation de l'emploi qui résulte de la croissance permettra l'accroissement des cotisations perçues et la défaillance viendra du même coup diminuer ces recettes⁹³⁵.

Sa finalité est, on s'en doute, à l'instar de celle du Trésor, d'intérêt général : il s'agit essentiellement de prémunir les travailleurs contre les conséquences pécuniaires de la maladie et de l'indigence⁹³⁶. Et le caractère social de cette mission ne peut être contesté. Toute la nation en est d'ailleurs responsable vis-à-vis de la totalité de ses membres, puisque le déficit qu'elle connaît est finalement supporté par le contribuable et non par les entreprises.

⁹³⁴ V. « Extraits du rapport de M. Henry ROSSIGNOL », *loc. cit.*, p. 615.

⁹³⁵ *Idem*, p. 615.

⁹³⁶ *Ibid.*, p. 615 ; Fr. T'KINT, *op. cit.*, pp. 211-212.

On en déduit à juste titre qu'il est normal de considérer que les pertes résultant de l'insolvabilité de leurs adhérents doivent également être supportés par la collectivité nationale⁹³⁷. Ce qui revient à dire que dans une procédure collective, la Sécurité sociale devrait être admise à titre chirographaire, quitte à supporter éventuellement par l'impôt, la perte très hypothétique que provoquerait ce changement de régime⁹³⁸.

Les commentaires ci-après de M. BOLARD sur la réduction des privilèges du Trésor et de la Sécurité sociale rejoignent parfaitement la philosophie qui guide la mesure que nous proposons⁹³⁹ : « Le sacrifice demandé au trésor et à la Sécurité sociale, légitimement soucieux de recouvrer leurs créances, pourrait ne pas être considérable. Peut-être même serait-il nul. Car, par l'accumulation de passifs irrécupérables, les faillites tardives ruinent les entreprises et leurs créanciers et corrélativement entraînent réduction des investissements. Elles réduisent ainsi l'assiette des prélèvements fiscaux et sociaux. Si, par leurs excès, les privilèges de la collectivité publique préjudicient à l'économie nationale, dont la collectivité tire elle-même ses ressources, n'est-il pas opportun de les atténuer ? Le jeu ne vaut-il pas la chandelle ? »

- **Appréciation critique de la suppression des privilèges généraux du fisc et de la Sécurité sociale**

Nous venons de voir que l'intérêt général et dans une certaine mesure l'efficacité économique justifient la présente mesure, car il n'est en tout cas pas équitable ni rationnel que les entreprises qui produisent à titre chirographaire soient systématiquement privées de tout dividende en cas de faillite ou liquidation des biens.

Ceci étant, on ne peut manquer de se demander toutefois si la suppression de ces privilèges généraux n'est pas irréaliste⁹⁴⁰, utopique ou prophétique⁹⁴¹. Mieux, n'est-elle pas difficile à réaliser faute, estime-t-on⁹⁴², des prémices de la révolution culturelle qui chasserait l'Etat, les collectivités locales et la Sécurité sociale du sommet de la hiérarchie des créanciers ?

⁹³⁷ V. « Extraits du rapport de M. Henry ROSSIGNOL », *loc. cit.*, p. 615.

⁹³⁸ *Idem*, p. 615.

⁹³⁹ G. BOLARD, « Principes d'un nouveau droit des faillites », *loc. cit.*, p. 175.

⁹⁴⁰ Dans ce sens, A. ZENNER, *op. cit.*, p. 1037. L'auteur estime que la perspective de supprimer tous les privilèges paraît peu réaliste. Nos développements vont, en effet, dans ce sens aussi raison pour laquelle nous ne proposons que la suppression de certains privilèges généraux.

⁹⁴¹ V. F. DERRIDA, « Le crédit et le droit des procédures collectives », *Etudes offertes à René RODIERE*, Paris, Dalloz, 1981, p. 81 et référence citée.

⁹⁴² V. M. CABRILLAC, « Les sûretés réelles entre vins nouveaux et vieilles outres », *loc. cit.*, p. 711.

Toujours dans le même ordre d'idées – scepticisme vis-à-vis de la suppression de ces privilèges généraux –, on a souligné que, quelles que soient les observations tout à fait justifiées que ce phénomène⁹⁴³ peut susciter, on doit reconnaître qu'il s'agit d'un acquis social, sur lequel on peut difficilement croire qu'il sera fait marche arrière⁹⁴⁴.

On doit reconnaître, par exemple, que le fait que le poids excessif des privilèges du fisc et ses conséquences néfastes soient unanimement déplorés n'a pas encore réussi à entamer, notamment en Belgique et dans les pays membres de l'OHADA, le postulat sur lequel ils reposent : l'Etat (voire les collectivités locales), « c'est nous » et ses créances, profitant à tous, doivent être recouvrées avant les autres⁹⁴⁵. Aussi, la phrase de POTHIER ci-après demeure-t-elle d'actualité dans ces Etats et apparaît à travers la plupart de leurs législations en la matière : « il est de l'intérêt de tous et de chacun que le fisc soit le plus riche possible pour soutenir les charges de l'Etat »⁹⁴⁶. C'est vrai dans une certaine mesure, mais, comme on l'a démontré ci-dessus, la suppression de son privilège ne l'appauvrirait pas vraiment.

Certains pays s'en sont d'ailleurs rendu compte et sont passés outre ces opinions en supprimant totalement les privilèges du fisc⁹⁴⁷. D'autres, notamment la Belgique, ne manquent pas de reconsidérer purement et simplement, dans certaines procédures, le statut privilégié des créances du fisc et de la Sécurité sociale. Il en est ainsi, par exemple, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, qui prévoit que le commerçant surendetté peut, à l'issue de la procédure de faillite, être déclaré excusable et être ainsi libéré des dettes, tant privées que professionnelles, qui n'ont pu être apurées lors de la liquidation de la faillite⁹⁴⁸ (article 82, alinéa 1^{er}, de la loi sur les faillites telle que modifiée par la loi du 20

⁹⁴³ Il s'agit ici de la multiplication des privilèges, en ce compris ceux sous examen.

⁹⁴⁴ Voir l'intervention de M. BELLIS à l'occasion du colloque des 20 et 21 octobre 1983, *Les sûretés*, Feduci, 1984, p. 545. Lire également Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 202, qui observe que les privilèges généraux sur meubles sont justifiés par des intérêts légitimes et que le réalisme politique exclut en tout cas qu'ils soient sensiblement réduits, malgré leur charge excessive. C'est surtout le réalisme politique qui est déterminant ici étant donné que les intérêts légitimes qui justifient ces privilèges en motivent également leur suppression.

⁹⁴⁵ V. M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, 7^e éd., p. 519.

⁹⁴⁶ V. P. SERLOOTEN, « Le Trésor, créancier de l'entreprise », *loc. cit.*, p. 105.

⁹⁴⁷ C'est le cas de l'Allemagne où les privilèges des salariés et du fisc ont été supprimés avec l'entrée en vigueur du nouveau code de l'insolvabilité du 5 octobre 1994 et de la République Tchèque où le passif fiscal a complètement perdu son caractère privilégié, depuis les modifications intervenues en 2000 (D. BORCAN, « Les nouvelles procédures collectives d'apurement du passif en Europe centrale - De l'inspiration allemande, américaine et française et des tendances fortes des règles régissant ces procédures », *loc. cit.*, p. 19). Les privilèges fiscaux ont également été supprimés au Danemark (voir P.-M. LE CORRE, *op. cit.*, t. I, p. 50).

⁹⁴⁸ V. Ch. BIQUET-MATHIEU, « Faillite et règlement collectif des dettes : pour une approche rationnelle des mesures de clémence », *loc. cit.*, p. 192 ; I. VEROUGSTRAETE, « Actualités en droit des faillites et du

juillet 2005). Il en va de même également depuis l'entrée en vigueur de la procédure en règlement collectif de dettes instituée par la loi du 5 juillet 1998, qui prévoit que les personnes physiques surendettées qui n'ont pas la qualité de commerçant peuvent bénéficier d'un plan de règlement assorti d'un rééchelonnement de dettes et de remises en intérêts et autres accessoires voire, mais à des conditions très strictes, de remises en principal⁹⁴⁹. Il en est ainsi enfin en matière d'impôts sur les revenus où « *à la demande d'un redevable, personne physique, ou de son conjoint sur les biens duquel l'imposition est mise en recouvrement, le directeur des contributions peut accorder la surséance indéfinie au recouvrement des impôts sur les revenus, en principal, accroissements, amendes et intérêts, à l'exclusion des précomptes, établis à charge du redevable* » (article 413bis, §1^{er}, du Code des impôts sur les revenus tel que modifié par la loi-programme du 27 décembre 2004).

Il résulte de ces différentes dispositions que le législateur belge a, ces dernières années, sacrifié, dans certaines matières et moyennant de conditions strictes, il est vrai, l'intérêt général au profit de l'intérêt privé⁹⁵⁰ ; il a ainsi écorché expressément le caractère sacro-saint de ces privilèges généraux. Si l'on peut dès lors en déduire que la mesure que nous proposons est finalement loin d'être utopique, irréaliste et prophétique, l'on ne peut oublier de mentionner, en revanche, que son aboutissement demeure difficile quand on sait surtout que c'est un choix politique qui est à la base de l'octroi de ces privilèges généraux à ces organismes.

L'importance de la réforme que nous préconisons devrait, en définitive, être appréciée notamment à la lumière des faibles taux de remboursement des créanciers ordinaires enregistrés et favorisés par les systèmes sous examen. Elle constituerait, de ce fait, à notre

concordat », *loc. cit.*, p. 306. Ce dernier auteur souligne notamment que l'excusabilité porte sur toutes les dettes, y compris les dettes fiscales.

⁹⁴⁹ V. Ch. BIQUET-MATHIEU, « Faillite et règlement collectif des dettes : pour une approche rationnelle des mesures de clémence », *ibid.*, p. 192. Lire également, E. BALATE et al., *op. cit.*, p. 125, qui soulignent que les créances fiscales n'ont pas un sort particulier ; elles peuvent être remises par le juge ; E. Van den HAUTE, *op. cit.*, p. 58, qui note que les créances fiscales n'ont pas un sort particulier, au motif que cela établirait une discrimination entre les créanciers privés et un créancier public (le fisc), qui aurait pour effet de faire supporter l'ensemble de la charge du règlement par les créanciers privés, alors que les dettes fiscales peuvent également contribuer dans une large mesure à l'insolvabilité du débiteur.

⁹⁵⁰ Comme le souligne Mme BIQUET-MATHIEU, le législateur a veillé au cours de ces dernières années à instituer des mesures de clémence visant à assainir la situation financière des personnes physiques surendettées (Ch. BIQUET-MATHIEU, « Faillite et règlement collectif des dettes : pour une approche rationnelle des mesures de clémence », *ibid.*, p. 192). Il ne serait donc pas impossible qu'il le fasse en vue d'améliorer le sort des créanciers chirographaires en cas de faillite ou liquidation des biens.

avis, une solution d'avenir⁹⁵¹. Mieux préparée et élaborée, elle cesserait, en effet, d'être irréaliste, utopique et prophétique et de donner l'impression, en droit belge surtout, que l'Etat utilise, en la matière, à son profit et donc au détriment des autres intérêts, le pouvoir législatif ou du moins l'initiative législative qui lui est reconnue.

Mais, on doit le reconnaître, pareille réforme ne marchera pas sur des sentiers bien bâtis ; le pragmatisme bricoleur⁹⁵² qui, jusqu'ici, a régné sur le droit belge des sûretés ainsi que les enjeux politiques qui transcendent ces privilèges amenuisent les chances d'une réforme de cette ampleur. Les législateurs belge et de l'OHADA apprécieront en tout cas, le moment venu, le mérite de celle-ci.

Voyons maintenant si la suppression de la subrogation du Fonds de fermeture peut suivre le même raisonnement.

c) De la suppression de la subrogation du Fonds de fermeture

Nous avons déjà indiqué que les législations belge et française font supporter le risque d'insolvabilité vis-à-vis des salariés par les employeurs qui, au travers des organismes spécialisés, font l'avance au curateur ou syndic de la totalité des sommes dues aux salariés et se trouvent de ce fait subrogés dans les droits des travailleurs ainsi réglés. Ces organismes s'acquittent donc, en lieu et place de l'employeur défaillant, de toutes les sommes dont celui-ci est redevable aux salariés en cas de fermeture de l'entreprise, sauf à les recouvrer, essentiellement par la technique de la subrogation, à charge de l'employeur à qui il s'est ainsi substitué⁹⁵³.

On est incontestablement ici en présence d'un mécanisme de solidarité de la collectivité des employeurs, qui mutualise entre ces derniers le risque économique que représente la cessation des paiements. Aussi l'intervention desdits organismes est-elle conçue principalement dans

⁹⁵¹ Dans ce sens, D. BORCAN, « Les nouvelles procédures collectives d'apurement du passif en Europe centrale - De l'inspiration allemande, américaine et française et des tendances fortes des règles régissant ces procédures », *loc. cit.*, p. 20.

⁹⁵² Nous empruntons l'expression à M. CABRILLAC, « Les sûretés réelles entre vins nouveaux et vieilles outres », *loc. cit.*, p. 714.

⁹⁵³ V. « Extraits du rapport de M. Henry ROSSIGNOL », *loc. cit.*, p. 613 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, *op. cit.*, 7^e éd., pp. 178 et s. ; Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 207.

une perspective de garantie et constitue-t-elle l'exemple d'une technique moderne de protection de créances, jugées dignes d'intérêt, contre l'insolvabilité du débiteur⁹⁵⁴.

Une mission d'intérêt général est, en effet, manifestement assignée à ces organismes, raison pour laquelle nous avons non seulement souhaité qu'ils soient mis en place en droit uniforme OHADA pour l'accomplir, mais aussi qu'ils soient maintenus là où ils existent déjà – en Belgique et en France notamment. Seule donc la suppression de leur subrogation est proposée ici, car le droit de préférence ainsi reconnue à ces organismes leur permet de primer notamment les créanciers chirographaires avec toutes les conséquences que cela comporte.

Il est certes incontestable que le progrès accompli dans le domaine social en France et en Belgique est décisif, notamment par les conséquences concrètes qu'il entraîne surtout pour les salariés. Mais, à notre avis, celles-ci seraient encore plus importantes, s'il était compris que ces organismes, qui sont, comme on l'a dit, l'expression d'un devoir de solidarité nationale, ne devraient pas bénéficier d'un recours de subrogation⁹⁵⁵.

Pareille suppression de la subrogation leur reconnue profiterait sans doute, au regard de l'ampleur des créances salariales actuellement, aux entreprises qui produisent à titre chirographaire et améliorerait partant tant soit peu leur sort.

Il va ainsi sans dire que la philosophie qui est derrière cette mesure part de l'idée que la protection des intérêts des salariés ne doit pas reposer sur le sacrifice des créanciers ordinaires, mais sur une socialisation des risques de l'insolvabilité. Ainsi, ce qui est dû aux employés est payé par des organismes ad hoc qui couvrent leurs frais à l'aide de cotisations réglées par l'ensemble des employeurs⁹⁵⁶.

Il en résulte que ces organismes spécialisés, dépourvus du droit de subrogation, seraient dès lors soumis au droit commun, à l'instar de tous les autres créanciers ordinaires et que le dividende éventuel leur revenant, à ce titre, viendrait s'ajouter aux cotisations des employeurs. Aussi cette mesure pourrait-elle conduire, peut-être, à maintenir sur la scène économique

⁹⁵⁴ V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 208.

⁹⁵⁵ Dans ce sens, Ch. GAVALDA, J. PATIN et J. STOUFFLET, « Le projet de loi sur le règlement judiciaire des entreprises en difficultés », *D.*, 1984, p. 26.

⁹⁵⁶ Dans ce sens, D. BORCAN, « Les nouvelles procédures collectives d'apurement du passif en Europe centrale - De l'inspiration allemande, américaine et française et des tendances fortes des règles régissant ces procédures », *loc. cit.*, p. 19.

certaines entreprises, qui continueraient, on s'en doute, à verser leurs contributions dans lesdits organismes.

L'espérance de recevoir un dividende modique et même hypothétique et le sauvetage éventuel de certaines entreprises qui financent ces organismes font que la suppression de leur subrogation non seulement profite aux entreprises qui produisent à titre chirographaire, car elle augmente leur chance de recevoir un dividende au moment de la répartition de l'actif disponible, mais aussi n'occasionne pas une perte importante pour ces organismes, car le manque à gagner est compensé par ce qu'ils recevront comme créanciers ordinaires, à l'instar du fisc et de la Sécurité sociale, ainsi que par les contributions des employeurs et des fournisseurs restés sur la scène économique grâce au dividende éventuel que la présente suppression et celle des privilèges généraux du fisc et de la Sécurité sociale leur réserveront.

Il n'est pas superflu d'indiquer, en outre, que les pouvoirs publics ont encore la latitude de ne pas laisser cette charge aux seules entreprises, qui sont, d'une manière ou d'une autre, au service de tous en examinant les conditions de son financement. Elle pourrait également être prise en charge, au regard de la mission d'intérêt général assignée à ces organismes, par les contribuables⁹⁵⁷.

Cette suppression répond en tout cas à un besoin : elle accroît tant soit peu les chances de désintéressement des créanciers chirographaires, sans annihiler le désintéressement des salariés de même que celui de ces organismes spécialisés ; elle répartit équitablement les aléas de la procédure d'ordre sans véritablement créer une situation nouvelle pour lesdits organismes, qui n'échappent pas totalement, malgré la subrogation aux droits des travailleurs, au menace des créanciers mieux classés.

Elle n'est pas non plus irréaliste, car le droit autrichien y a procédé en remplaçant, comme on l'a dit, les privilèges des salaires par l'intervention d'un fonds de garantie des salaires créé en 1979, qui demeurera subrogé dans les droits des travailleurs, mais ne bénéficiera plus d'aucun privilège à compter du 1^{er} janvier 1984.

⁹⁵⁷ V. « Extraits du rapport de M. Henry ROSSIGNOL », *loc. cit.*, p. 614.

Tout en soulignant qu'il appartient, en définitive, au législateur d'apprécier le mérite de cette réforme qui n'ébranle pas vraiment le fonctionnement du système mis en place⁹⁵⁸, il sied de mentionner également que la présente proposition ne viole pas l'esprit et la lettre de la Convention n° 95 (1949) de l'O.I.T. concernant la protection du salaire, qui pose, aux articles 8, 10 et 11, plusieurs règles dont celle selon laquelle le salaire doit être payé avant les créances ordinaires dans la mesure où il constitue une créance privilégiée⁹⁵⁹.

d) De la suppression du privilège général des frais de dernière maladie

Ce privilège, prévu en droit belge par l'article 19, 3°, de la loi hypothécaire et en droit français par l'article 2101 du Code civil, est attaché notamment aux honoraires du médecin, au prix des médicaments et au coût de l'hospitalisation.

Il est, écrit-on, rendu inutile actuellement par la Sécurité sociale⁹⁶⁰. Mieux, l'extension de celle-ci ainsi que le succès des organismes mutualistes qui en complètent, dans ces pays, les prestations ont progressivement fait de ce privilège une pièce de musée⁹⁶¹.

Il conviendrait, pour cette raison et en vue de dépoussiérer les privilèges généraux, d'en faire l'économie en droit belge. Cette mesure serait d'ailleurs sans conséquence néfaste sur ses bénéficiaires autrement protégés et sur les créanciers chirographaires, qu'il ne menace guère au motif susmentionné.

La situation est cependant différente en droit uniforme OHADA. Ici, en effet, les raisons humanitaires ont conduit le législateur à privilégier les frais de la dernière maladie du débiteur qui a précédé la saisie de ses biens dont les créanciers se disputent le produit de la vente (article 107, 1°, de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés).

⁹⁵⁸ Mais on doit dire ici aussi que cette réforme ne se réalisera pas sans difficulté quand on sait, par exemple, que, par la loi du 26 juin 2002 relative aux fermetures d'entreprises, le législateur belge a revu l'ensemble des textes dans le souci non seulement d'une plus grande clarté, mais aussi d'accroître la possibilité, pour le Fonds, de recouvrer, à charge de l'employeur (ou de son curateur), les sommes dont il a fait l'avance. Il a d'ailleurs, à cette occasion, réglé spécialement son recours subrogatoire (Fr. T'KINT, *op. cit.*, pp. 208 et s.).

⁹⁵⁹ On peut constater, à cet égard, que le paiement des salariés est atteint grâce au mécanisme d'assurance de l'insolvabilité de l'employeur – dont nous avons préconisé la création en droit uniforme de l'OHADA –, qui continue à les placer dans une situation plus confortable que les créanciers ordinaires, tout en accroissant, grâce à la suppression de la subrogation des organismes *ad hoc*, les chances de paiement desdits créanciers.

⁹⁶⁰ V. Ph. MALAURIE et L. AYNES, *op. cit.*, p. 217.

⁹⁶¹ V. M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, 7^e éd., p. 515.

Nous ne préconisons pas sa suppression ici pour la simple raison que l'intérêt de ce privilège dans les pays africains membres de l'OHADA est incontestable en l'absence d'un régime de sécurité sociale généralisé.

Sa suppression en droit belge ainsi que son maintien en droit uniforme OHADA n'améliorent ni n'aggravent le sort des créanciers chirographaires, d'autant plus qu'il est d'ailleurs ici un privilège occulte censé garantir des sommes moins importantes. Ce qui n'empêche cependant, dans ce dernier cas, de bien cerner les frais ainsi que la dernière maladie qui seront pris en compte. Bien entendu, les juges procéderont à leur détermination de manière souveraine.

En conclusion à cette étude relative à l'assainissement des privilèges généraux, il apparaît qu'un assainissement de cette matière est nécessaire surtout en droit belge et passe nécessairement par les voies susmentionnées. Il devrait, en effet, conduire à garder les privilèges généraux dont la nécessité économique et sociale est encore évidente et incontestable, à réduire ou limiter ceux dont l'étendue a tendance à aller à l'excès et à supprimer ceux qui le méritent au nom de l'intérêt général, de l'efficacité économique ou tout simplement de l'actualisation des normes.

A notre avis, aucune piste ne devrait être négligée, même si nous accordons ici une attention particulière à la dernière au regard de son impact évident sur les créanciers ordinaires, tout en étant certain qu'elle n'est pas utopique – car certains législateurs l'ont empruntée – et qu'elle est difficile à mettre en œuvre au regard des enjeux politiques, économiques, sociaux et même culturels qui accompagnent ces privilèges généraux.

Il participe, en définitive, de nos considérations précédentes que les sûretés spéciales – le gage, le nantissement sans dépossession, les privilèges spéciaux et les hypothèques – offrent des possibilités d'assainissement très limitées, qui demeurent néanmoins très recommandées dans les procédures collectives sous examen et donc dans l'intérêt de tous les créanciers, même s'il n'en résulte pas en tout cas une amélioration directe de la situation des créanciers ordinaires.

De l'examen des sûretés générales, c'est-à-dire des privilèges généraux ressort, en revanche, des perspectives sérieuses susceptibles d'améliorer le sort des créanciers chirographaires, même si leur concrétisation pourrait être difficile pour les raisons susmentionnées.

Devant cette situation, il convient alors d'examiner, en vue d'améliorer directement la situation des créanciers ordinaires, les possibilités d'instaurer une part réservataire pour ces derniers en cas de faillite ou liquidation des biens.

Section II. De l'instauration d'une part réservataire pour les créanciers chirographaires en cas de faillite ou liquidation des biens

Il n'est plus besoin de rappeler, à ce stade, combien les créances chirographaires sont malmenées dans les procédures collectives sous examen pour la simple raison qu'elles ne bénéficient, quelles que soient leurs sources, d'aucune protection à côté notamment des créances prioritaires et des créances garanties⁹⁶².

La réduction des créanciers ordinaires à une portion congrue et le fait que l'ouverture de ces procédures collectives sonne, dans bien de cas, le glas de ces derniers n'ont cessé, on s'en doute, d'être déplorés⁹⁶³.

Peu de législateurs, parmi lesquels figurent les législateurs belge et de l'OHADA, ont cependant tenté de remédier à cette situation. Non sans raison d'ailleurs au regard de l'étude des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours et à celle relative à l'assainissement des sûretés, qui ont montré à quel point la solution au problème des créanciers chirographaires est difficile, voire, dans certains cas, impossible.

Il est, en outre, maintenant aisé d'observer qu'il est non seulement impossible de supprimer une partie importante des sûretés réelles existantes, mais aussi possible de ramener certains privilèges généraux au rang des créances ordinaires, s'il y a une réelle volonté politique, qui, disons-le encore une fois, est minime au regard de peu de réformes dans ce sens et des enjeux en présence.

Estimant, à juste titre, que le crédit chirographaire ne doit pas être annihilé par l'exercice des sûretés, M. DERRIDA fustige la méconnaissance dudit crédit au profit des privilèges

⁹⁶² Force est de constater qu'il en est ainsi également aux Etats-Unis (Ralph H. FOLSOM et Alain A. LEVASSEUR, *Pratique du droit des affaires aux Etats-Unis*, Paris, Dalloz, 1995).

⁹⁶³ V. F. DERRIDA, « Vers la Sécurité sociale des salaires ? Commentaire de la loi du 27 décembre 1973 tendant à assurer, en cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens, le paiement des créances résultant d'un contrat de travail », *loc. cit.*, p. 133 ; Cl. WITZ, « Le droit des sûretés réelles mobilières en République fédérale d'Allemagne », *loc. cit.*, p. 66.

généraux, qui, par eux-mêmes, ne sont générateurs d'aucun crédit productif⁹⁶⁴. Un argument qui conforte encore une fois nos propositions précédentes, en rapport avec la suppression de certains privilèges généraux gargantuesques.

Notre plaidoyer pour la restauration du crédit chirographaire dans les procédures collectives susmentionnées tient, on s'en doute, compte de la contraction, sinon de la disparition de celui-ci, pourtant vital pour l'ensemble de l'économie, dans la mesure où les fournisseurs et les prestataires de service se trouvent contraints de réduire sensiblement leurs opérations au comptant avec certains de leurs clients⁹⁶⁵. Ainsi, devant pareil péril, l'étude de la solution consistant à instaurer une part réservataire au profit des créanciers chirographaires en cas de faillite ou liquidation des biens ne peut paraître superflue.

Cette solution est certainement radicale par rapport aux solutions précédentes. Elle s'avère, en outre, efficace car elle est susceptible d'atteindre directement ses bénéficiaires. Elle constituerait pour cela une panacée pour le crédit chirographaire et passerait pour un test essentiel pour juger le législateur responsable de la procédure de concours grâce au dividende pouvant revenir dorénavant à ses bénéficiaires.

Après avoir analysé ci-dessus diverses solutions et présenté leurs limites, il convient maintenant de mesurer la faisabilité de cette autre solution tendant à favoriser les moins favorisés, mieux, à protéger les moins protégés⁹⁶⁶ en tenant compte de tous les intérêts en présence. Pour ce faire, nous allons d'abord indiquer l'assiette et l'étendue de la part réservataire, ensuite déterminer son impact sur les différents créanciers du débiteur et expliquer sa mise en œuvre et enfin faire un commentaire de cette solution.

⁹⁶⁴ F. DERRIDA, « Le crédit et le droit des procédures collectives », *Etudes offertes à René RODIERE*, Paris, Dalloz, 1981, p.83.

⁹⁶⁵ F. DERRIDA, « Le crédit et le droit des procédures collectives », *ibid.*, p. 83.

⁹⁶⁶ M. CLOQUET a également éprouvé le même souci en développant une solution intitulée « privilégier les non privilégiés » (A. CLOQUET, *op. cit.*, pp. 865 et s.).

§1. Assiette et étendue de la part réservataire

La part réservataire, entendue ici comme la proportion prédéterminée des actifs du débiteur retenue au profit des créanciers chirographaires et qui leur sera distribuée par le curateur ou syndic, doit être déterminée quant à son assiette et quant à son étendue.

A. Assiette de la part réservataire

Il s'agit de déterminer ici les biens du débiteur qui la supporteront. Plusieurs possibilités s'offrent au législateur pour ce faire. Nous ne retiendrons que celles qui sont plausibles au regard des enjeux du concours des créanciers résultant de procédures collectives sous examen.

La part réservataire peut ainsi grever soit tout le patrimoine du débiteur, c'est-à-dire ses actifs mobiliers et immobiliers, soit ses actifs garantis par des sûretés réelles mobilières, soit l'ensemble de ses actifs privilégiés, soit enfin ses actifs privilégiés généraux.

1°. Soit grever l'ensemble du patrimoine du débiteur

Le législateur pourrait opter pour une voie radicale et décider de faire supporter la charge de la part réservataire à tous les créanciers du débiteur défaillant. Il frapperait ainsi indistinctement tous les actifs mobiliers et immobiliers du débiteur et partant toutes les sûretés mobilières et immobilières.

2°. Soit grever les actifs garantis par les sûretés réelles mobilières

Au lieu d'adopter cette solution extrême ci-dessus indiquée, le législateur pourrait s'orienter vers une aggravation du sort des créanciers titulaires de sûretés réelles mobilières en cas de faillite ou liquidation des biens. Cette voie devrait l'amener à limiter la part réservataire aux seuls actifs du débiteur garantis par les sûretés réelles mobilières et à exempter les sûretés réelles immobilières de cette charge. Le crédit hypothécaire serait ainsi ménagé, alors que le droit de rétention (en droit uniforme OHADA), toutes les formes de gage et les privilèges généraux et spéciaux sur meubles seraient particulièrement sollicités pour améliorer le sort des créanciers chirographaires.

3°. Soit grever les actifs privilégiés

Il pourrait aussi s'écarter de solutions précédentes en décidant de ne frapper que les seuls actifs privilégiés et donc de faire supporter la charge de la part réservataire aux seuls créanciers titulaires de privilèges généraux et spéciaux. Il procèderait ainsi sans nul doute à une remise en question indistincte de tous les privilèges, généraux et spéciaux.

4°. Soit grever les actifs privilégiés généraux

Le législateur pourrait enfin éviter de frapper indistinctement tous les privilèges en adoptant une solution qui n'aggrave que le sort des créanciers titulaires de privilèges généraux. La part réservataire au profit des créanciers chirographaires ne pourrait ainsi grever que les seuls actifs privilégiés généraux et en aucun cas les autres sûretés dont pourraient se prévaloir les autres créanciers du débiteur défaillant.

Les différents cas de figure de son assiette étant connus, il sied maintenant de préciser son étendue.

B. Etendue de la part réservataire

L'étendue de la part réservataire n'est rien d'autre que l'importance de la partie prédéterminée des actifs du débiteur qui supporteront ladite part et que le curateur ou syndic répartira aux créanciers bénéficiaires.

Elle ne peut être fixée, à l'instar de l'assiette, que par le législateur. C'est à lui seul que revient, en effet, le pouvoir de fixer le mode de calcul ainsi que la valeur de cette retenue.

Il pourrait s'agir d'un cinquième, d'un quart, d'un tiers, ...ou d'un pourcentage fixe, dix pour cent, vingt pour cent, trente pour cent, ..., de la valeur de réalisation des biens appartenant à l'actif considéré, qui serait, en tout état de cause, partagé entre les créanciers chirographaires⁹⁶⁷.

⁹⁶⁷ Des indications allant dans ce sens peuvent être trouvées chez A. CLOQUET, *op. cit.*, p. 865 ; Fr. T'KINT et W. DERIJCKE, « Sûretés et procédures collectives : étude de droit comparé. Les créanciers hypothécaires et gagiste comme « séparatistes » en droit néerlandais vs. l'approche française », *loc. cit.*, p. 535 ; Cl. WITZ, « Le

Il serait tout de même souhaitable qu'il opte pour l'un des modes de calcul ci-dessus pour leur simplicité et afin d'éviter autant que faire se peut les conflits entre les créanciers concernés par la part réservataire, d'une part, et entre les différents créanciers du débiteur, d'autre part.

Il va sans dire que les différentes assiettes et étendues de la part réservataire ci-dessus mentionnées produisent des effets différents sur les créanciers chirographaires et sur les autres créanciers du débiteur. Nous allons tenter de les cerner afin de voir laquelle de toutes pourrait être recommandée au législateur.

§2. Impact des différentes modalités de la part réservataire sur la situation des créanciers

L'on va le déterminer d'abord à l'égard des créanciers chirographaires et ensuite à l'égard des créanciers titulaires de sûretés.

A. Sur la situation des créanciers chirographaires

La meilleure solution pour ces créanciers est évidemment celle qui leur permet de recevoir un dividende, aussi minime soit-il, au moment de la répartition des deniers provenant de la réalisation des biens du débiteur.

Viendrait ainsi, en premier lieu, la solution consistant à faire supporter la part réservataire à l'ensemble du patrimoine du débiteur. Tout débiteur défaillant devant avoir nécessairement un patrimoine, il est fort plausible que ses créanciers chirographaires obtiendront, dans ce cas, souvent remboursement d'au moins une fraction de leurs créances et ce, bien sûr, quelle que soit l'étendue de la part réservataire.

Il s'ensuivrait une atténuation des aléas du crédit chirographaire dans les procédures collectives sous examen, qui passe par une atteinte des crédits hypothécaires et privilégiés notamment.

droit des sûretés réelles mobilières en République fédérale d'Allemagne », *loc. cit.*, p. 67 ; Ph. WOODLAND, « Observations sur les orientations des droits européens de la faillite », *loc. cit.*, n° 26.

En outre, l'égalité des créanciers cesserait ainsi d'être une égalité devant le néant et le principe d'égalité recouvrerait par conséquent toute sa force et son importance dans les procédures collectives sous examen. Il redeviendrait, de ce fait, véritablement l'âme de celles-ci.

Suivrait ensuite la solution tendant à limiter la part réservataire à l'actif mobilier sur lequel s'exercent les sûretés réelles mobilières. Tout en épargnant essentiellement le crédit hypothécaire ainsi que le crédit immobilier privilégié, elle aurait le mérite de garantir également aux créanciers chirographaires presque souvent un remboursement d'au moins une partie de leur créance, même si, à l'inverse de la première solution, tout resterait conditionnée par l'importance de l'actif mobilier du débiteur.

Ici, la réduction des aléas du crédit chirographaire passe inévitablement par des atteintes aux droits des titulaires de créances garanties par les différentes formes de gage et celles garanties par des privilèges généraux et spéciaux sur meubles. Elle est, en outre, conditionnée par l'étendue de la part réservation.

Quant à la solution qui voudrait que la part réservataire soit supportée par l'actif privilégié, elle a l'avantage de ne pas priver certaines entreprises de l'accès à certaines formes de crédit, comme par exemple le crédit hypothécaire et le gage, ou de ne pas rendre onéreux l'accès à celles-ci et d'aboutir au remboursement partiel aussi bien des créanciers chirographaires que des créanciers privilégiés. Il reste que le prix à payer pour améliorer la situation de ceux-là réside ici dans une remise en question de tous les privilèges, qui ne tient pas compte de ceux qui sont justifiés économiquement et socialement et ceux qui ne le sont pas ou ne le sont plus.

En outre, au regard de la procédure d'ordre de mise ici, la situation des créanciers chirographaires serait, dans certains cas, de loin meilleur à celle des créanciers titulaires de privilèges généraux, qui risqueraient de ne rien recevoir au moment de la répartition à cause de la préférence reconnue notamment aux créanciers titulaires de privilèges spéciaux.

S'agissant enfin de la solution limitant la part réservataire à l'actif privilégié général, force est de constater qu'elle a le mérite certain d'épargner toutes les formes de crédit, à l'exception du crédit privilégié général. L'accès au crédit par les entreprises n'est en aucune façon menacé par cette solution.

Le revers de la médaille est qu'elle rend, dans certains cas et au regard de ce qui vient d'être dit, illusoire ou à tout le moins quasi insignifiant le remboursement des créanciers chirographaires.

Il en résulte que cette solution améliore certes moins le sort de ces créanciers, mais s'avère conciliable avec les exigences du crédit et partant moins néfaste pour les entreprises qui en ont besoin. Elle menace donc moins le crédit. Mieux, elle traque moins les sûretés et détraque moins le crédit.

Tout ce qui précède illustre à nouveau et si besoin en est encore qu'il n'est pas aisé d'améliorer directement la situation des créanciers chirographaires au regard de l'équilibrage dont doit faire nécessairement preuve toute initiative de ce genre. Les lignes qui suivent vont le démontrer davantage.

B. Sur la situation des créanciers titulaires de sûretés

Les différentes modalités de la part réservataire affectent d'une manière ou d'une autre les créanciers titulaires de sûretés dans la mesure évidente où dans une procédure de concours, ce qu'on donne à l'un l'est au détriment des autres.

Ainsi, le fait de faire supporter la part réservataire à l'ensemble du patrimoine du débiteur menace-t-il de front toutes les formes de crédit. Efficace, on s'en doute, pour les créanciers bénéficiaires, cette solution constitue néanmoins une menace évidente pour les autres créanciers, car elle aboutit à une réduction indistincte de leurs garanties vis-à-vis du débiteur. Elle les inciterait dès lors à une plus grande vigilance dans l'octroi du crédit à certaines entreprises et même, lorsqu'il déciderait malgré tout de l'accorder, à le rendre plus onéreux et plus court dans sa durée.

C'est donc toutes les sûretés contractuelles qui connaîtraient un durcissement de leurs conditions d'octroi. Et contrairement aux titulaires de ces dernières, qui pourraient se prémunir à temps contre les effets de cette solution, une bonne partie de créanciers titulaires de privilèges spéciaux et généraux la subiraient passivement. Ce qui montre combien son adoption ne se ferait pas sans peine.

La solution se rapportant sur les sûretés réelles mobilières ménage, on le sait déjà, pour sa part, le crédit hypothécaire ainsi que le crédit privilégié immobilier. Ce qui constitue déjà un progrès au regard de l'importance de ces formes de crédit dans le circuit économique.

Cependant, elle atteint toutes les formes de gage et aboutit ainsi à rendre difficile le recours à celles-ci alors qu'elles ne sont pas dénuées d'importance dans la vie économique. Il suffit de penser notamment à l'importance du nantissement sans dépossession dans le circuit économique. Elle nous a d'ailleurs conduit à soutenir, ci-dessus, sa réforme plutôt que sa suppression.

Elle atteint également les privilèges mobiliers. Ce qui ne va pas, en effet, sans soulever de problème quand on sait combien il est difficile de réduire l'assiette ainsi que l'étendue de ces derniers et encore moins de prôner leur suppression.

Serait peut-être intéressante, la possibilité de limiter la part réservataire à l'actif privilégié, car elle ménagerait non seulement le crédit hypothécaire mais aussi toutes les formes de gage. Elle ne serait malheureusement pas sans gravité dans la mesure où elle frapperait indistinctement tous les privilèges sans tenir compte de l'importance économique et sociale de chacun. Son adoption dépendrait dès lors du compromis, très hypothétique, entre les différents bénéficiaires de ces derniers.

La dernière solution – celle qui ne grève que les actifs privilégiés généraux –, est dès lors plus défendable théoriquement, car le manque à gagner qu'elle causerait aux créanciers titulaires de privilèges généraux gargantuesques (le fisc et l'O.N.S.S.) pourrait être couvert par la collectivité au nom de l'intérêt général. L'intérêt général qui transcende ces privilèges le commanderait. De même, les entreprises qui produisent à titre chirographaire continueront, grâce au remboursement éventuel d'une fraction de leur créance, non seulement à fournir de l'emploi, mais aussi et surtout à verser leurs cotisations à l'O.N.S.S. et à régler leurs contributions fiscales.

Seuls les créanciers titulaires de petits privilèges généraux pourraient, en définitive, payer réellement les frais de cette mesure. Ceci étant sans conséquence sur le crédit et l'activité économique, nous pensons que cette solution aurait plus de succès que les précédentes, même si les créanciers chirographaires pourraient déchanter dans certaines procédures de faillite ou

liquidation des biens où la part revenant aux créanciers privilégiés généraux serait insuffisante, voire inexistante.

Au demeurant, toutes les solutions sont émaillées d'obstacles que le législateur pourrait surmonter évidemment. Peu de législateurs ont en tout cas accepté ou osé, à l'heure actuelle, franchir ce cap.

Quelle serait la mise en œuvre concrète de ces différentes solutions ?

§3. Les différentes modalités de la part réservataire et leur mise en œuvre

La mise en œuvre des différentes modalités de la part réservataire, c'est-à-dire leur application concrète aux différents créanciers, ne pose pas des problèmes particuliers. Elle n'exige pas surtout un bouleversement de la procédure d'ordre existante.

Le classement des créanciers devrait, en effet, être maintenu tel quel. Les créanciers chirographaires devraient conserver leur rang dans le classement et ne bénéficieraient d'office que d'une proportion prédéterminée des actifs du débiteur concernés par la part réservataire au moment de la répartition des deniers.

Concrètement, les différentes solutions seraient ainsi mises en œuvre :

A. Si la part réservataire est supportée par le patrimoine entier du débiteur, elle sera calculée en tenant compte de tous les biens mobiliers et immobiliers qui le composent. Ainsi, les sommes à répartir entre les créanciers seraient attribuées à concurrence de deux tiers, trois quart, ... aux créanciers titulaires de sûretés et un tiers, un quart, ... aux créanciers chirographaires⁹⁶⁸. La procédure d'ordre serait maintenue sur la part revenant aux créanciers titulaires de sûretés. Pour plus d'équité, le législateur pourrait édicter que ces derniers supporteraient la part réservataire proportionnellement à leurs créances. Tout comme il pourrait décider qu'il n'en sera pas ainsi afin de faire supporter le fardeau de ladite part aux créanciers les moins bien classés et d'éviter aux curateurs ou syndics de procéder, au moment de la répartition des deniers, à des calculs fastidieux pouvant retarder la procédure. Cette voie protégerait manifestement les créanciers les mieux

⁹⁶⁸ Tout dépend bien entendu de l'étendue de la part réservataire fixée par le législateur.

classés contre les effets de cette solution et atténuerait partant la menace planant sur les formes de crédit susmentionnées. La loi de la proportionnelle continuerait à régir, même dans les cas de figure ci-dessous, les créanciers chirographaires. Enfin, le solde éventuel de la répartition aux créanciers autres que chirographaires serait évidemment dévolu aux créanciers chirographaires et si la part réservée à ces derniers dégagait un excédent après paiement de tous les créanciers de cet ordre, cet excédent devrait accroître la part réservée aux créanciers autres que chirographaires.

- B. Si la part réservataire est supportée par les actifs garantis par les sûretés réelles mobilières, les sommes à répartir entre les créanciers seraient attribuées à concurrence de deux tiers, trois quart, ... aux créanciers titulaires de sûretés réelles mobilières et un tiers, un quart, ... aux créanciers chirographaires. La procédure d'ordre resterait de rigueur ici aussi et s'appliquerait à l'ensemble des créanciers, en ce compris les créanciers titulaires de sûretés réelles. De même, s'il se dégagait un solde après paiement de tous les créanciers, il reviendrait d'office aux créanciers chirographaires et si, dans le cas contraire, le paiement de ces derniers libérait un solde, il serait attribué aux créanciers titulaires de sûretés réelles mobilières, qui ont supporté la part réservataire, et leur réparti soit en suivant la procédure d'ordre⁹⁶⁹, soit proportionnellement⁹⁷⁰. Cette solution commande ainsi d'isoler les sûretés réelles immobilières afin de ne point les faire supporter la charge de la part réservataire, de bien déterminer les sûretés réelles mobilières qui supporteront celle-ci ainsi que les créanciers chirographaires qui en bénéficieront.
- C. Si la part réservataire est supportée par les actifs privilégiés, les sommes à répartir entre les créanciers seront attribuées à concurrence de deux tiers, trois quart, ... aux créanciers privilégiés et un tiers, un quart, ... aux créanciers chirographaires. Seuls les créanciers titulaires de privilèges, spéciaux et généraux, devraient supporter la charge de la part réservataire⁹⁷¹. Ainsi, s'il se dégagait un solde après paiement de tous les créanciers titulaires de sûretés, il sera dévolu aux créanciers chirographaires et si, à l'inverse, c'est le paiement de ces derniers qui laissait un solde, il serait destiné à accroître la part des

⁹⁶⁹ Il profitera d'abord aux mieux classés d'entre eux et ainsi de suite jusqu'à son épuisement.

⁹⁷⁰ Si les créanciers titulaires de sûretés réelles mobilières ont supporté proportionnellement la part réservataire.

⁹⁷¹ Ici aussi, le législateur peut décider, grâce à l'application de la procédure d'ordre, d'atténuer le sort des créanciers privilégiés mieux classés ou de leur faire supporter la charge de la part réservataire proportionnellement à leurs créances.

créanciers titulaires de privilèges, qui ont supporté la part réservataire, et leur réparti soit en suivant la procédure d'ordre, soit proportionnellement selon le cas.

- D. Si la part réservataire est supportée par les actifs privilégiés généraux, les sommes à répartir entre les créanciers sont attribuées à concurrence de deux tiers, trois quart, ... aux créanciers privilégiés généraux et un tiers, un quart, ... aux créanciers chirographaires. Il y aurait ainsi, comme l'observait M. CLOQUET, un 'actif privilégié général' et un 'actif chirographaire'⁹⁷². Seul l'actif privilégié général serait appelé à supporter la charge de la part réservataire. Au cas où la part réservée à l'un de ces deux ordres laissait un excédent après le paiement de tous les créanciers de cet ordre, cet excédent viendrait accroître la part réservée à l'autre catégorie⁹⁷³. La loi de la proportionnelle guidera, bien entendu, la répartition des deniers aux créanciers chirographaires. Elle sera applicable également en cas de répartition des deniers aux créanciers privilégiés généraux de même rang. Il va sans dire qu'au regard de la procédure d'ordre, seuls les créanciers privilégiés les mieux classés auront beaucoup de chance de se voir rembourser au moins une partie de leur créance. L'auteur précité est même allé loin dans la répartition de l' 'actif chirographaire' en soulignant qu' « une part [de ce dernier] pourrait être réservée aux 'fournisseurs' qui, en général, tablent sur un paiement comptant ou à bref délai, et une part moins importante aux prêteurs qui courent sciemment des risques, sachant par hypothèse que le débiteur ne dispose pas personnellement d'un capital suffisant. Ici aussi, d'ailleurs, il y aurait réversibilité des excédents »⁹⁷⁴. Il appartient au législateur d'apprécier le bien fondé de cette solution, qui tient, à notre avis, compte des intérêts des entreprises qui produisent à titre chirographaire, parmi lesquelles figurent principalement les fournisseurs ainsi que les prestataires de service. Ce qui est important pour nous est que tous les créanciers chirographaires aient la chance d'obtenir, dans les procédures collectives sous examen, le remboursement d'au moins une partie de leur créance.

Il participe de ce qui précède que la mise en œuvre de ces différentes solutions peut poser des difficultés supplémentaires d'évaluation au syndic ou curateur. Elles ne sont pas toutefois insurmontables au regard de nos développements précédents et encore moins étranges aux procédures collectives sous examen.

⁹⁷² V. A. CLOQUET, *op. cit.*, p. 865.

⁹⁷³ *Idem*, p. 865.

⁹⁷⁴ *Ibid.*, p. 865.

Que dire en définitive de ces différentes modalités de la part réservataire ?

§4. Appréciation des différentes modalités de la part réservataire

Limiter la part réservataire à l'ensemble du patrimoine du débiteur passe pour la meilleure solution pour améliorer directement la situation des créanciers chirographaires, car elle confère à ces derniers la certitude d'obtenir presque toujours un remboursement d'au moins une partie de leur créance en cas de faillite ou liquidation des biens.

Mais elle n'est pas sans risque pour les entreprises désireuses d'obtenir un crédit et, d'une manière ou d'une autre, pour l'activité économique en général, car, économiquement, réserver une partie des actifs aux créanciers chirographaires reviendrait, dès l'octroi d'un crédit, à empêcher la constitution de sûreté sur une portion des biens disponibles. Ce qui entraînerait sans doute une hausse du coût du crédit et une limitation stricte de la durée de celui-ci. En définitive, pareil raccourcissement pourrait entraver l'activité économique du commerçant, plutôt que de la favoriser.

Il en résulte qu'un régime trop protecteur pour les entreprises qui produisent à titre chirographaire pourrait se retourner contre celles-ci en leur privant l'accès à certaines formes de crédit, telles que l'hypothèque et les différentes formes de gage. Aussi devrait-il conduire à un durcissement des conditions d'octroi du crédit dont les entreprises ont pourtant souvent besoin pour mener à bien leurs activités économiques. A terme, il devrait entraîner la ruine de certaines entreprises incapables de répondre aux conditions susdites et bloquer, en particulier dans les Etats membres de l'OHADA, les investissements étrangers.

Le remède se muerait alors en un poison pour les entreprises ou pour la plupart d'entre elles. Or, il ne faudrait surtout pas que le remède soit pire que le mal. Ce qui nous amène à émettre des réserves vis-à-vis de cette solution qui porte en elle le risque de trop traquer les sûretés et par conséquent de conduire au renchérissement du crédit, à la suppression ou réduction drastique des crédits à moyen et long termes⁹⁷⁵.

Force est de constater que le législateur hollandais, à travers la loi du 30 septembre 1893 sur la faillite et le sursis de paiement, qui contient depuis peu un titre consacré au règlement

⁹⁷⁵ Dans ce sens, L. MARTIN, « Sûretés traquées : crédit détraqué », *loc. cit.*, p. 1.139.

collectif des dettes des personnes physiques, a, *mutatis mutandis*, perçu ce danger en évitant d'édicter des dispositions trop contraignantes à l'égard des créanciers gagistes et hypothécaires. C'est ainsi qu'il les soustrait au règlement collectif des dettes (article 299, alinéa 3), par crainte qu'un régime trop protecteur pour les personnes physiques ne se retourne contre elles en les privant d'un accès à certaines formes de crédit⁹⁷⁶.

Pourrait-on résoudre le problème en limitant la part réservataire aux seules sûretés réelles mobilières ? Ce n'est pas évident lorsqu'on considère l'importance des différentes sortes de gage et des privilèges généraux et spéciaux sur meubles dans la vie économique, lesquels sont pourtant frappés de plein fouet par cette solution. Un auteur observait d'ailleurs, à cet égard, qu'« une partie de la doctrine [allemande] mettait en garde le législateur contre les sacrifices imposés aux bénéficiaires des sûretés réelles mobilières, tant il est vrai que celles-ci jouent un rôle primordial pour garantir le financement des petites et moyennes entreprises »⁹⁷⁷. Le nouveau Code allemand de l'insolvabilité du 5 octobre 1994 a d'ailleurs tenu compte de cette observation en n'aggravant, on l'a vu, que le sort de certains créanciers privilégiés généraux.

Une issue acceptable pour les différents intérêts en présence pourrait-elle être trouvée dans la limitation de la part réservataire à l'actif privilégié ? L'on peut en douter. En effet, pareille solution reconforte assurément la position des créanciers gagistes et hypothécaires dans les procédures collectives sous examen en laissant intacte leur créance vis-à-vis du débiteur. Elle a le mérite certain de ménager ces deux formes de crédit dont l'importance dans l'activité économique n'est plus à démontrer.

Elle est cependant lourde de conséquence vis-à-vis du crédit privilégié. M. VEROUGSTRAETE la fustigeait pour cela en ces termes : « Créer, comme certains le suggèrent, une réserve au profit des créanciers chirographaires, aboutit à une remise en question des privilèges par une voie détournée : il est plus sain de réévaluer l'utilité sociale et économique des privilèges accordés que de les restreindre par l'effet d'une disposition qui

⁹⁷⁶ V. Fr. T'KINT et W. DERIJCKE, « Sûretés et procédures collectives : étude de droit comparé. Les créanciers hypothécaires et gagiste comme « séparatistes » en droit néerlandais vs. l'approche française », *loc. cit.*, pp. 534-535.

⁹⁷⁷ Il s'agit de Cl. WITZ, « Le droit des sûretés réelles mobilières en République fédérale d'Allemagne », *loc. cit.*, p. 67, dans son commentaire d'une proposition de réforme allemande consistant à aggraver le sort des créanciers titulaires de sûretés réelles mobilières en cas de liquidation des biens.

risque de frapper de façon identique le privilège justifié économiquement et le privilège injustifié »⁹⁷⁸.

La mission s'avère donc très délicate ici aussi. La démarche prônée par l'auteur est plausible certes, mais elle n'aboutit malheureusement pas à l'amélioration directe de la situation des créanciers chirographaires en cas de faillite ou liquidation des biens. Nos développements précédents peuvent l'attester.

Quant à la démarche sous examen, elle pourrait certes atteindre le résultat que nous recherchons ici et comporterait moins de gêne pour l'activité économique, mais la pertinente observation de l'auteur précitée ainsi que les intérêts de bénéficiaires des différents privilèges rendent sa concrétisation incertaine. Il revient donc au législateur d'en apprécier l'opportunité.

Les observations précédentes accordent-elles droit de cité à la limitation de la part réservataire à l'actif privilégié général ? Assurément, parce que cette solution, à l'inverse de celles précédentes, ne traque pas trop les sûretés de même qu'elle ne détraque pas le crédit.

A l'instar de la solution précédemment examinée prônant la suppression de certains privilèges généraux, l'intérêt général ne s'oppose pas non plus ici à ce qu'on limite la réserve au profit des créanciers chirographaires à cette catégorie des créances. Il y est, on s'en doute, favorable et les bénéficiaires de ces privilèges généraux en profitent d'ailleurs aussi, comme on eu l'occasion de le dire précédemment.

Elle a, en outre, le mérite de ne frapper que les privilèges dont la justification économique a été contestée ci-dessus. Ne s'opposant à ce qu'elle soit combinée avec les mesures d'assainissement des sûretés ci-dessus proposées, elle ne ménage point les privilèges injustifiés ci-dessus dénoncés.

Mais elle pourrait ne pas constituer un remède efficace au malaise des créanciers chirographaires dans les procédures collectives sous examen, dans la mesure où ces derniers pourraient ne pas recevoir, dans certains cas, un dividende si les sûretés mieux classées

⁹⁷⁸ V. I. VEROUGSTRAETE, « Le développement des sûretés et les entreprises en difficulté », *loc. cit.*, p. 536.

absorbaient tous les actifs disponibles du débiteur ne dégageant aucun solde à répartir aux créanciers privilégiés généraux.

L'efficacité de la solution ici retenue serait, en définitive, fonction de l'importance du dividende revenant à ces derniers au moment de la répartition. Un aléa qui n'est pas, à notre avis, déterminant et ne rend surtout pas la solution inutile. Il confirme tout simplement le risque qui plane sur tous les créanciers, et a fortiori les créanciers privilégiés généraux et chirographaires, en cas de défaillance de leur débiteur et au regard de la procédure d'ordre leur applicable en cas de faillite ou liquidation des biens.

CONCLUSIONS GENERALES DE L'ETUDE

En introduisant cette étude, nous proposons au lecteur d'examiner comment on peut éviter, dans les droits belge et uniforme de l'OHADA, que l'admission des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours et la consécration de multiples sûretés réelles aillent jusqu'à priver systématiquement les créanciers chirographaires de tout paiement en cas de faillite ou liquidation des biens.

Pour répondre à la question, nous avons analysé les implications de l'égalité des créanciers dans le concours découlant de la faillite ou liquidation des biens (première partie). Notre objectif était de montrer que, depuis les temps immémoriaux, l'ouverture de ces procédures entraîne des conséquences importantes sur les créanciers désormais en concours.

L'analyse nous a permis de constater que, malgré le contexte différent, le législateur belge, à travers la loi du 8 août 1997 sur les faillites, et le législateur de l'OHADA, à travers l'Acte uniforme du 10 avril 1998 portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, ont mis en place un cadre légal, assez analogue, garantissant l'égalité des créanciers dans le concours né de la faillite ou liquidation des biens. Ils y sont parvenus en tirant profit de l'héritage historique en la matière, en dégagant clairement les caractères et les objectifs de ces procédures et du concours en découlant en vue de les distinguer soigneusement des autres procédures qui peuvent être considérées comme voisines et en réglementant minutieusement les conséquences de cette égalité dans le concours.

C'est dans cette vision qu'est organisée, dans les deux ordres juridiques, une procédure collective de liquidation du patrimoine du débiteur, qu'on y regroupe l'ensemble des créanciers dans une masse dont le gage commun sera liquidé par un mandataire judiciaire agissant au nom et dans l'intérêt de tous et qu'on y dessaisit le débiteur de la disposition de ses biens, dorénavant destinés à payer ses dettes.

Mais cette perspective égalitaire, qui vise à soumettre les créanciers à une discipline collective et à niveler leur situation juridique, ne méconnaît pas totalement les différences qui peuvent exister entre les créanciers en concours et qui peuvent commander par moment un traitement différent. Si elle se traduit, en effet, par la circonstance que tous disposent, sans distinction, d'un recours identique sur tous les biens de leur débiteur, elle ne constitue pas, en revanche,

un droit à être désintéressé. Le principe d'égalité entre les créanciers chirographaires ne tend pas, en tout cas, à autre chose qu'une égalité à l'intérieur de la catégorie, alors que le principe d'égalité entre tous les créanciers ne constitue pas, quant à lui, une égalité abstraite impliquant un paiement général « au marc le franc », qui effacerait les différences entre les créanciers, en l'occurrence les privilèges et les sûretés, mais une égalité concrète, qui assure le bon fonctionnement de la procédure, la discipline collective, l'égalité, chaque fois que des conditions différentes n'imposent pas un traitement différent⁹⁷⁹.

Bref – et ce sera notre première conclusion –, les législateurs belge et de l'OHADA, quoiqu'opérant sur la base des fondements textuels divergents et œuvrant au sein d'environnements hétérogènes, voient, tout en attribuant certaines prérogatives à certains créanciers titulaires de droits particuliers, dans le groupement, obligatoire et légal, des créanciers en une masse où viennent se fusionner leurs droits de gage individuels, une traduction de la stricte égalité entre les créanciers en concours. Cette égalité implique essentiellement qu'aucun créancier ne peut plus se tailler, dès la naissance de ce concours, une situation meilleure que celle de l'autre.

Sur cette base, les exceptions à l'égalité des créanciers dans le concours découlant de la faillite ou liquidation des biens ont été examinées (deuxième partie). Leur analyse a permis de montrer que l'on consacre et l'on admet, dans les deux ordres juridiques avec des nuances à certains endroits, un traitement prioritaire en faveur des créanciers de la masse, de ceux bénéficiant de garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours et de ceux titulaires de sûretés réelles.

Plus symptomatiques sont l'attraction que provoquent les diverses garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours et la multiplication des sûretés réelles ainsi que l'accroissement de leur importance. Elles expliquent, à l'heure actuelle, la large progression du domaine de classement au détriment de celui de l'égalité, sous, bien sûr et de manière particulière, l'aiguillon de l'économie.

Cette progression se révèle, en effet, à l'analyse, plus forte en droit belge qu'en droit uniforme de l'OHADA au regard non seulement des conséquences de l'économie de marché dans

⁹⁷⁹ Fr. POLLAUD-DULIAN, « Le principe d'égalité dans les procédures collectives », *JCP*, 1998, p. 970.

laquelle se meut le premier ordre juridique contrairement au second, mais aussi, dans une certaine mesure, des efforts méritoires des actes uniformes de l'OHADA pertinents allant dans le sens de la clarification et de la simplification du régime des sûretés et du classement des créanciers.

A tout bien considérer, cette égalité dans le concours ne profite, en définitive, dans les deux ordres juridiques susmentionnés, à certains créanciers – en l'occurrence les créanciers privilégiés généraux et chirographaires – que de manière marginale. Mais demeure particulièrement peu enviable partout, le sort réservé à la catégorie des créanciers chirographaires dans ces procédures comme l'attestent les conséquences des articles 166 et 167 de l'Acte uniforme OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif et 99 de la loi belge sur les faillites, qui posent les principes directeurs de la répartition de l'actif du débiteur.

Ici s'impose une deuxième conclusion : il est évident aussi bien pour le législateur belge que celui de l'OHADA que lorsque le débiteur s'engage, il le fait sur ses biens meubles et immeubles, qui constituent le gage commun de ses créanciers. En cas de concours né de la faillite ou liquidation des biens, les causes légitimes de préférence ne doivent être méconnues et les créanciers ne doivent être traités sur pied d'égalité, au moment des répartitions, si elles existent. Par conséquent, l'égalité dans le concours ne doit être appliquée qu'à ceux qui n'en bénéficient pas.

Sur la base de ces considérations – constatant la situation désespérée dans laquelle se trouvent particulièrement les créanciers ordinaires dans ces procédures leur destinées principalement –, des réponses ont été apportées à la question traitée dans l'étude (troisième partie).

Comme cela a été souligné, l'amélioration du sort des créanciers chirographaires passe essentiellement, d'une part, par un examen des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours en vue de déterminer les conditions de leur opposabilité aux tiers et celles qui peuvent être considérées comme des véritables sûretés et traitées comme telles dans les procédures sous examen et, d'autre part, par un réexamen du régime des sûretés ainsi qu'un examen de la possibilité et l'impact de l'instauration d'une part réservataire pour les créanciers précités.

Dans cette perspective, les législateurs belge et de l'OHADA devraient préciser – comme c'est le cas notamment en ce qui concerne la réserve de propriété – les garanties conventionnelles qui doivent être opposables aux tiers, en énonçant évidemment les modalités de cette opposabilité. Pour celles qui ne seraient pas consacrées expressément et d'autres encore que l'imagination créatrice des praticiens mettrait en œuvre au nom principalement de l'autonomie de la volonté, il appartiendrait aux cours et tribunaux compétents, modérateurs grâce à leur jurisprudence de la sécheresse de dispositions techniques, de vérifier si elles ne conduisent pas à la rupture de l'égalité qui doit régner entre les créanciers en concours, si elles n'instituent pas des privilèges sans texte et si elles ne sont pas assises sur la fraude et la simulation.

Les législateurs concernés devraient ensuite voir quelles garanties mériteraient d'être qualifiées de sûretés et alignées ainsi sur le régime des sûretés en cas de faillite ou liquidation des biens. L'on a relevé, à cet égard, que seules les propriétés – sûretés, c'est-à-dire la réserve de propriété et la cession de créance à titre de garantie devraient être considérées comme des véritables sûretés et alignées sur leur régime.

Cette réforme, certes utile pour la clarification de la situation des créanciers dans ces procédures, pourrait cependant ne pas aboutir à une amélioration directe du sort des créanciers ordinaires, car elle ne modifierait pas leur rang, alors que les bénéficiaires des propriétés-sûretés conserveraient leur droit exclusif sur le bien donné en garantie.

S'agissant de l'œuvre beaucoup plus ambitieuse consistant à assainir tout le régime des sûretés et à réfléchir, en appui à ces réformes, à la possibilité d'instaurer une part réservataire pour les chirographaires, force est de constater que :

- la réforme des sûretés réelles spéciales – le gage, le nantissement sans dépossession, les privilèges spéciaux et les hypothèques – offrent des possibilités d'assainissement fort limitées en droit belge et à fortiori en droit uniforme OHADA où elles ont été récemment dépoussiérées comme le révèle l'Acte uniforme portant organisation des sûretés. Plus qu'en droit uniforme et même si aucune amélioration substantielle du sort des créanciers chirographaires ne pourrait en résulter, elle demeure néanmoins nécessaire en droit belge en vue de simplifier d'abord la matière et ensuite de

l'actualiser. Dès lors, les procédures collectives sous examen y gagneront en rapidité et la sécurité juridique des créanciers en concours se trouvera renforcée.

- Celle des sûretés réelles générales – les privilèges généraux –, qui s'impose avec acuité en droit belge surtout, car le législateur de l'OHADA l'a amorcée dans l'Acte uniforme précité, passe, en tenant bien entendu compte chaque fois de la différence du contexte et de ses implications sur les différents privilèges concernés, par une détermination des privilèges généraux dont la nécessité économique et sociale est encore évidente et incontestable (cas du privilège attaché aux frais de justice dans les deux ordres juridiques) ; par une réduction ou limitation de ceux dont l'étendue a tendance à aller à l'excès (cas des privilèges attachés aux frais d'inhumation et des subsistances, de l'assureur sur la chose assurée, spécifique au droit belge, et des salaires) ; par une suppression de ceux qui doivent l'être au nom de l'intérêt général et de l'efficacité économique (cas des privilèges du fisc et de la Sécurité sociale) ou tout simplement de l'actualisation des normes (cas du privilège attaché aux frais de dernière maladie en droit belge). Ces différentes pistes méritent, en effet, d'être exploitées. A l'analyse, c'est la dernière qui demeure capitale pour les créanciers chirographaires au regard des effets directs que sa concrétisation produirait sur eux dans le concours découlant de la faillite ou liquidation des biens. Elle s'avère néanmoins la plus difficile à mettre en œuvre au regard des enjeux politiques, économiques, sociaux et même culturels qui accompagnent les privilèges généraux concernés.
- Celle consistant à instaurer une part réservataire pour les créanciers ordinaires afin de rendre plus importantes ces différentes mesures, ne serait pas sans gêne non seulement pour l'activité économique et pour le crédit accordé aux entreprises si on la limitait soit à l'ensemble du patrimoine du débiteur, soit aux seules sûretés réelles spéciales, mais aussi pour le crédit privilégié si on la limitait à l'actif privilégié tout court. L'analyse montre qu'on minimiserait, en revanche, le dégât si elle frappait seulement l'actif privilégié général. Si, dans ce cas, l'avantage serait de ne pas trop traquer les sûretés et donc quasi nul le risque de détraquer le crédit, l'efficacité de la mesure demeurerait toutefois incertaine, car tributaire du dividende revenant aux créanciers privilégiés généraux dans une faillite ou liquidation des biens. Or, le risque que les sûretés mieux classées absorbent tous les actifs disponibles du débiteur est énorme au regard de la procédure d'ordre consacrée aussi bien en droit belge qu'en droit uniforme OHADA. Au demeurant, cet aléa, symptomatique des procédures sous

examen, n'annihile pas l'importance de la solution ; il confirme tout simplement la difficulté d'en trouver aisément une dans cette matière conflictuelle.

L'approfondissement des modalités d'application des différentes mesures préconisées et de leur impact sur les créanciers ordinaires dans les deux ordres juridiques sous examen appelle ainsi – et ce sera notre troisième conclusion – une réponse nuancée à notre question de départ : la mission est difficile à concrétiser, mais non impossible. Notre dernière partie a démontré, en effet, que l'amélioration du sort des créanciers chirographaires aussi bien en droit belge qu'en droit uniforme de l'OHADA passe par une réforme profonde des régimes des propriétés-sûretés et des sûretés et, pour plus d'efficacité, par une instauration d'une part réservataire au profit des créanciers susmentionnés. Elle a découvert cependant chaque fois les limites de ces mesures dans la nécessité de ne pas entraver l'activité économique en traquant trop les sûretés et dans le fondement de celles-ci et nous a permis dès lors de formuler cette réponse nuancée.

Quoi qu'il en soit le mal est connu et les solutions acceptables et applicables existent. Demeure cependant rare le législateur disposé à les adopter afin d'améliorer directement le sort des créanciers chirographaires. L'avenir « radieux » de ces créanciers est en tout cas entre les mains du législateur, qui s'est montré jusque là timoré en la matière, préférant le statu quo au lieu d'une réforme de la matière, alors qu'il pourrait emprunter certaines voies ci-dessus, qui bouleversent moins le régime des sûretés. Et ce, à l'occasion de l'assainissement indispensable du régime des sûretés en droit belge et d'une réflexion sur le sort des créanciers chirographaires en droit uniforme OHADA.

Ici et là la réforme n'est point superflue : les petites et moyennes entreprises susceptibles de produire à titre chirographaires sont multiples et leur place dans l'économie des États concernés n'est guère à démontrer. Mais, à l'heure actuelle, le conseil célèbre de MONTESQUIEU, selon lequel « ce n'est qu'en tremblant la main que le législateur doit prendre la plume », est scrupuleusement observé par lui en la matière en droit belge surtout.

Cette inertie est à la base de la fuite vers les garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Au regard de difficultés qu'elles engendrent à leur tour, il y a lieu de penser que la piste d'une réserve au profit des créanciers chirographaires est somme toute à creuser⁹⁸⁰.

Il sied de préciser enfin que les résultats de cette étude n'impliquent pas que les réformes déjà entreprises en droits belge et uniforme OHADA sont vaines et doivent par conséquent être revues de fond en comble pour arriver au but que la présente recherche s'est fixée. Aucune implication de cette nature ne peut être tirée de cette étude, qui, en appréciant les limites des différentes mesures visant à améliorer substantiellement le sort des créanciers ordinaires en cas de faillite ou liquidation des biens et les difficultés que soulève leur mise en œuvre concrète, découvre que la mission n'est pas impossible, mais dépend de plusieurs choix que les législateurs belge et de l'OHADA ne peuvent opérer sans peine.

Ils n'impliquent pas, en outre, que les pistes de solution que nous avons privilégiées sont exhaustives, car on pourrait aussi approfondir la possibilité de réduire les honoraires des curateurs ou syndics, d'accélérer davantage la procédure, ... Aussi n'estimons-nous pas que la démarche essentiellement juridique que nous avons privilégiée pour examiner les droits positifs des ordres juridiques concernés est exclusive. Elle pourrait être complétée utilement par une étude économique-sociologique, qui approfondirait l'impact économique des différentes mesures préconisées et les comportements des organismes représentatifs des établissements de crédit et des entreprises.

⁹⁸⁰ M. LEVEL est arrivé à la même conclusion (voir son intervention à l'occasion du colloque de Bruxelles des 20 et 21 octobre 1983, in *Les sûretés*, FEDUCI, pp. 543-544). Observant qu'il est bien naturel que les créanciers chirographaires se débrouillent et qu'ils ont bien le droit de le faire, l'auteur relève cependant qu'ils sont à plaindre et que l'idée d'une réserve au profit des créanciers chirographaires est à creuser. M. VEROUGSTRAETE (dans son intervention à l'occasion du même colloque, pp. 546-547), tout en soulignant que « ces réserves chirographaires se font évidemment au détriment des créanciers privilégiés », ne manquait pas d'observer également que, « de fait, c'est la seule solution, si on ne diminue pas les sûretés ». Il ajoutait néanmoins qu'« il est plus simple, plutôt que de créer ce régime tout-à-fait nouveau, de limiter la portée des sûretés (...), de limiter le montant des sûretés ou de moins en moins faire rétroagir celles-ci dans le temps ». On a vu à cet égard que le résultat attendu, c'est-à-dire l'amélioration du sort des créanciers chirographaires, n'était pas au rendez-vous dans bien de cas et que la mise en œuvre de la réserve chirographaire ne troublait pas particulièrement l'ordre de répartition des actifs.

