

L'inopposabilité atténuée en cas de concours de la cession de créance à titre de garantie

Frédéric GEORGES

Professeur ordinaire à l'Université de Liège

Avocat au barreau de Liège

1 L'arrêt prononcé le 3 décembre 2010 par la Cour de cassation revient sur la lacinante question de l'opposabilité, en cas de survenance d'une situation d'insolvabilité, de mécanismes contractuels ayant pour objet de conférer à un créancier une garantie réelle autre que celles reconnues par la loi.

Après avoir relaté les faits à l'origine de cet arrêt (I) et résumé ce dernier (II), nous tenterons d'en cerner les conséquences (III) pour conclure dans une perspective *de lege ferenda* (IV).

I. Antécédents factuels et processuels

2 Une banque consent différents crédits à l'exploitante d'une entreprise d'engraissement porcin. Ainsi que le révèlent les conclusions du ministère public qui précèdent l'arrêt annoté, ces crédits étaient garantis par un 'renoncement' de la débitrice au profit du créiteur à toutes sommes lui revenant.

En mai 2003, l'exploitante sollicite de la Région flamande l'octroi d'une indemnité de cessation d'activités.

Le 13 juin 2003, un fournisseur d'aliments pour bétail opère une saisie-arrêt conservatoire entre les mains de la Région flamande. Cette saisie-arrêt conservatoire est suivie, le 4 août 2003, de la cession de son objet au créancier saisissant¹.

Le 11 août 2003, l'établissement de crédit, en l'espèce le Crédit agricole, notifie à l'autorité flamande l'existence de la cession de créance dont il bénéficie et l'invite à lui verser le montant de l'indemnité de cessation d'activités; le 28 août 2003, l'autorité flamande répond qu'elle est tenue par une interdiction de se dessaisir des sommes dues.

Les crédits sont dénoncés par l'organisme de crédit le 5 septembre 2003 et l'exploitante est déclarée en faillite le 10 novembre de la même année.

3 Après une consignation des fonds, le Crédit agricole assigne la Région flamande, les curateurs, le fournisseur et la faillie devant le juge des saisies de Bruxelles², afin d'entendre déclarée légale et opposable aux parties au procès la cession de créance souscrite par l'exploitante et ainsi d'obtenir à son profit l'intégralité de l'indemnité, soit quelques 116.368,40 EUR. Le fournisseur d'aliments prétendait de son côté obtenir ce même montant en arguant de l'illégalité de la cession opérée au profit du Crédit agricole, grief que n'encourrait pas, à ses yeux, celle faite en sa faveur postérieurement à la saisie. Les curateurs, quant à eux, estimaient que la cession au profit de l'établissement de crédit était nulle, de sorte que l'indemnité devait leur revenir³.

Dans un arrêt du 26 janvier 2009, inédit à notre connaissance, la cour d'appel de Bruxelles estime que la cession conventionnelle d'une créance à titre de garantie du respect par le cédant de ses obligations envers le cessionnaire est valable et peut être opposée en cas de concours. À l'invocation par le créancier saisissant de l'arrêt du 17 octobre 1996 de la Cour de cassation, dit arrêt 'Sart Tilman'⁴, la cour d'appel de Bruxelles rétorque l'argumentation suivante: "L'arrêt rendu le 17 octobre 1996 par la Cour de cassation n'est toutefois plus d'actualité pour la solution du présent litige dès lors que le 8 août 1997, le législateur a introduit deux importantes innovations, à savoir:

- l'opposabilité à la masse des conventions conclues par le failli avant la faillite (art. 46 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites),
- l'opposabilité à la masse de la réserve de propriété (art. 101 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites).

2. Le choix de cette juridiction ne nous semble pas aller de soi; cette question est laissée de côté dans la présente note eu égard non seulement au manque d'informations procédurales en notre possession mais également au fait qu'elle n'est pas intimement liée au sujet qui retient ici notre attention.

3. Nous n'approfondissons pas non plus dans les présents développements le fait que seule la saisie-arrêt, simplement *conservatoire*, précédait la mise en œuvre par la banque de la cession de créance à titre de garantie, la *faillite* de la débitrice étant survenue ultérieurement à cette dernière; il semble qu'on puisse déduire de l'arrêt ici annoté, comme nous l'avons soutenu dans notre thèse, qu'une saisie-arrêt conservatoire emporte également réalisation de la créance qui la fonde (Fr. GEORGES, *La saisie de la monnaie scripturale*, Larcier, 2006, sp. pp. 113 à 116, n° 63 à 65); de là à considérer, avec le fournisseur, que la saisie conservatoire opérée par ses soins avant la faillite lui permettait d'être payé par priorité, il y a un pas qu'il nous paraît impossible de franchir eu égard à la teneur de l'arrêt annoté qui maintient un droit de préférence en faveur de la banque cessionnaire, sans préjudice de l'éventuelle précarité à l'égard des tiers de la cession consécutive à la saisie-arrêt.

4. Cass. (1^{re} ch.), 17 octobre 1996, *Pas.* 1996, I, p. 992, avec concl. J.-M. Piret, *JLMB* 1997, p. 520, *Rev. banque* 1997, p. 114, avec note I. PEETERS, "Cessie als (on)zekerheid?", *RPS* 1997, p. 145 avec note de Th. BOSLY, "La naissance du concours en cas de dissolution d'une A.S.B.L. – La portée du principe de légalité des sûretés réelles", *RW* 1996-97, p. 1395 avec note M.-E. STORME, "Zekerheidsoverdracht, numeros clausus van zakelijke rechten, en andere zekerheidsmechanismen na het cassatietarief van 17 oktober 1996"; cet arrêt a été commenté par I. MOREAU-MARGRÈVE, "Du nouveau à propos des cessions de créance" in *Vente et cession de créance*, Formation permanente C.U.P., vol. XV, 1997, pp. 125 et s.

1. Il s'agit là d'un *modus operandi* visiblement fréquent dans le chef de créanciers bien conseillés afin d'éviter que le caractère collectif des saisies ne grignote leurs espérances de paiement (voy. E. DIRIX, "Een derdenbeslag legt men nooit alleen" in *Faceiten van ondernemingsrecht – Liber amicorum Professor Frans Bouckaert*, Universitaire Pers Leuven, 2000, pp. 155 et s.); l'entrée en vigueur, le 29 janvier 2011, de l'art. 1390, § 2, nouveau du Code judiciaire consacrant l'avis d'opposition n'est qu'imparfaitement de nature à contrer une telle pratique (voy. sur ce point Fr. GEORGES et L. FRANKIGNOUL, "Les modifications apportées à la saisie mobilière, à la saisie-arrêt et à la saisie immobilière", *Ius & Actores* 2011/1, pp. 55 et s.); rappelons incidemment que dans un arrêt du 13 novembre 2009, la Cour de cassation a décidé que le juge ne peut, sauf accord des parties, ordonner la mainlevée de la saisie-arrêt conservatoire pour ce qui dépasse le montant de la créance du saisissant (Cass. (1^{re} ch.) 13 novembre 2009, *JLMB* 2010, pp. 868, avec note B. BIEMAR, "L'effet d'indisponibilité totale de la saisie-arrêt conservatoire", *Rev. not. b.* 2010, p. 215).

Par ces modifications, le législateur admet de manière non ambiguë que les mécanismes de garantie conventionnels peuvent être opposés en cas de concours.

En principe, la cession de créance est opposable à la masse si elle a été signifiée avant le jugement déclaratif de faillite (Ivan VEROUGSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, 1998, n° 527).

Le curateur est tenu de respecter les contrats qui ont été conclus. Il ne peut que constater qu'en cas de cession, la créance est sortie du patrimoine.

Lorsque les droits des créanciers ont été frauduleusement lésés, il peut attaquer la cession de créance par le biais de l'action paulienne (Dirk van GERVER, "Overdracht en inpandgeving van bestaande en toekomstige schuldborderingen", *RW* 2004-05, p. 528, n° 13).

En l'espèce, la lésion frauduleuse n'est pas invoquée.

En résumé, la référence à l'arrêt de la Cour de cassation du 17 octobre 1996 n'est plus d'actualité."

4 Deux moyens de cassation sont présentés par le créancier saisissant. Seul le premier moyen, qui visait les articles 6, 1108, 1131, 1134, 1135, 1165, 1236, 1321, 1689, 1690, 2078 et 2082 du Code civil, les articles 7, 8 et 9 de la loi hypothécaire du 16 décembre 1851 et, pour autant que de besoin, le principe général du droit relatif à l'égalité des créanciers en concours, donnera lieu à une réponse de la Cour de cassation et partant retiendra notre attention dans la présente note.

Après avoir constaté l'existence d'une situation de concours entre créanciers sur un actif, le pourvoi estime que "en décident que la cession conventionnelle de la créance à titre de garantie du respect par le cédant, actuellement la sixième défenderesse, de ses obligations envers le cessionnaire, actuellement la première défenderesse, est valable et peut être opposée en cas de concours, les juges d'appel ont violé tous les articles de loi visés comme étant violés".

II. L'arrêt du 3 décembre 2010

5 Le pourvoi introduit contre l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles est tranché le 3 décembre 2010 par la première chambre néerlandophone de la Cour de cassation⁵. Sur rapport du conseiller Eric Dirix, l'arrêt commence par reprendre, sous une forme très légèrement modifiée, la formule de l'arrêt *Sart-Tilman* précité: "Le principe de l'égalité des créanciers et les articles 7 et 8 de la loi hypothécaire dérogent nécessairement aux articles 1134, 1135 et 1165 du

Code civil, de sorte qu'une sûreté réelle non prévue par la loi est inopposable aux créanciers en concours."⁶

La suite de l'arrêt innove cependant dans la sanction concrète de cette inopposabilité: "Une convention de cession de créance à titre de sûreté ne peut, dès lors, jamais apporter plus aux créanciers en concours qu'un droit de gage sur cette créance, de sorte que le cessionnaire de la créance ne peut pas exercer plus de droits que ceux dont dispose un détenteur de gage."

Introduisant en termes de mineure dans son raisonnement l'appréciation soumise à sa censure, la Cour de cassation relève que l'arrêt a constaté que l'exploitante avait cédé sa créance à l'égard de la Région flamande à l'organisme de crédit aux fins de garantir ses dettes et a considéré que cette cession 'à des fins de sûreté'⁷ implique que cette créance est sortie du patrimoine de l'exploitante et qu'après la faillite de cette dernière, cette cession est opposable à la masse de la faillite.

Selon la Cour de cassation, "En accordant, ainsi, plus de droits à la première défenderesse que ceux dont disposeraient un créancier gagiste, les juges d'appel n'ont pas légalement justifié leur décision." Le moyen étant fondé, elle casse l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles.

6 Ce faisant, l'arrêt prend le contre-pied de l'avis du ministère public. Les conclusions de l'avocat général Dubrulle étaient d'ailleurs à ce propos à sens unique: de controverses doctrinale ou jurisprudentielle sur la portée du principe d'égalité, il n'était pas question. Reprenant à son compte le plaidoyer de MM. Zenner et Peeters et tirant argument de certains arrêts de la Cour⁸, l'opinion du ministère public concluait au rejet du pourvoi⁹.

6. Dans l'arrêt *Sart-Tilman*, la Cour avait décidé 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 inopposable aux créanciers en concours une convention créant une sûreté réelle non prévue par la loi."

7. Nous nous permettons de nous écarter de la traduction française officielle de l'arrêt, selon laquelle "et ils ont considéré que cette cession de sûreté implique que cette créance est sortie du patrimoine de la sixième défenderesse et qu'après sa faillite, cette cession est opposable à la masse de la faillite"; la version originale de l'arrêt est ainsi libellée: "en ordelen dat deze zekerheidsoverdracht tot gevolg heeft dat deze schuldbordering uit het vermogen van de zesde verweerster is verdwenen en dat, na haar faillissement, deze overdracht tegenwerkelijk is aan de faillissementsboedel".

8. Cass. (1^{re} ch.), 28 février 1985, *Pas* 1985, I, p. 765, *JT* 1986, p. 578 avec obs. F. T' KINT, *RPS* 1985, p. 243, *RDC* 1985, p. 377, avec note, *RCJB* 1987, pp. 571 et s., avec note A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, "Réflexions sur la compensation, l'indivisibilité, la connexité et le privilège dans le cadre de la faillite d'un associé momentané", *RW* 1985-86, p. 997, avec note E. DIRIX, "De tegenwerpelijkheid van een tijdelijke handelsvereniging aan derden"; Cass., 9 mars 2000, *Pas*, 2000, I, p. 537, *RW* 2000-01, p. 480, avec note A. DE WILDE; Cass. (1^{re} ch.), 4 avril 2003, *RDC* 2003, p. 393 avec note B.D., *Dr.banc.fin.* 2003, pp. 375 et s. avec note I. PEETERS, "Een verdere stap naar een coherenter juridisch kader voor de fiduciaire eigendom tot zekerheid"; Cass. (1^{re} ch.), 2 février 2007, *RDC* 2007, pp. 341 et s., avec note I. PEETERS et A. ZENNER, "Het minnelijk kantonnement uitdrukkelijk erkend als een samenloopvermijdend contractueel waarborgmechanisme", *RW* 2006-07, pp. 1679 et s., avec note V. SAGAERT, "Het Hof van Cassatie geeft groen licht voor het minnelijk kantonnement", *JT* 2007, pp. 527 et s., avec note C. ALTER, "Cantonnement amiable, affectation de compte et concours: état de la question".

5. Cass. (1^{re} ch.), 3 décembre 2010, *Dr.banc.fin.* 2011, p. 120, avec note I. PEETERS, "Cessie tot zekerheid: een verrassend slot van de controverse", *NJW* 2010, p. 834, avec note V. SAGAERT, *RW* 2010-11 (somm.), p. 727 et 2010-11, p. 1177, avec note R. FRANSIS, "De conversie van fiduciaire eigendomsoverdracht van schuldbordering in een pand bij samenloop".