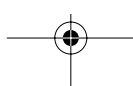
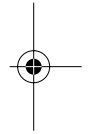
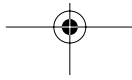
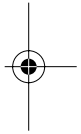
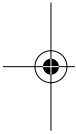
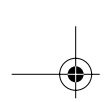


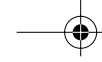
à Cathy
à mes parents





DBL5151.book Page 6 Vendredi, 10. février 2006 2:48 14





SOMMAIRE

Préface	9
Avant-propos	15
Liste des abréviations	17
Introduction générale	21

PARTIE I

Objet et effets de la saisie-arrêt en général

TITRE I

L'objet de la saisie-arrêt

CHAPITRE I

Les sommes et effets dus	47
---------------------------------------	----

CHAPITRE 2

La présence d'un tiers	73
-------------------------------------	----

TITRE 2

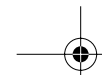
Les effets de la saisie-arrêt

CHAPITRE I

Saisie-arrêt et opposabilité	83
---	----

CHAPITRE 2

Saisie-arrêt et inopposabilité	105
---	-----



PARTIE 2

Objet et effets de la saisie de la monnaie scripturale

TITRE I

Particularités de l'objet de la saisie

CHAPITRE I

Un avoir particulier : la monnaie scripturale	203
---	-----

CHAPITRE 2

Singularités des poursuites sur la monnaie scripturale	271
--	-----

TITRE 2

Particularités des effets de la saisie

CHAPITRE I

Le compte saisi dans une perspective statique	479
---	-----

CHAPITRE 2

Le compte saisi dans une perspective dynamique	531
--	-----

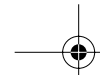
Conclusions générales	591
-----------------------------	-----

Bibliographie	595
---------------------	-----

Index alphabétique.....	645
-------------------------	-----

Table des matières.....	651
-------------------------	-----





PRÉFACE

Jusqu'à ce jour, la plupart des études consacrées aux voies d'exécution et au droit des sûretés ont été conduites de manière parallèle. Certes, les auteurs qui s'attachent au droit des voies d'exécution répertorient communément les causes de préférence susceptibles d'interférer sur la répartition des deniers, étape ultime des saisies, mais ils se satisfont généralement d'une description relative aux sûretés classiquement dénommées telles, à savoir les gages, les privilèges et les hypothèques ; ce sont par ailleurs ces sûretés de type réel qui, avec les sûretés de type personnel, constituent généralement le substrat du cours des sûretés inscrit au programme des études de droit. Pareille méthode se révèle, particulièrement depuis ces dernières décennies, étriquée parce qu'elle fait l'impasse sur le recours de plus en plus fréquent aux procédés dont il est usé pour éviter ou tenter d'éviter le sort peu enviable du créancier chirographaire ; à cet effet, sont sollicités non seulement toutes les sûretés dans leur hétérogénéité mais surtout le droit des obligations, tout spécialement les virtualités du principe de la liberté contractuelle. L'appréhension de la réalité conduit aujourd'hui à mettre en lumière les liens intimes qui unissent le droit de l'exécution au droit substantiel, au point qu'émerge une interrogation : le droit de l'exécution ne ressortit-il pas tout autant voire davantage au droit substantiel qu'au droit judiciaire ? ⁽¹⁾

C'est dans la perspective de cette conception renouvelée du droit de l'exécution que Monsieur Georges a inscrit sa recherche, sa prise de conscience des interactions profondes qui imprègnent le droit privé des obligations et des sûretés et le droit judiciaire ayant probablement été favorisée par un parcours universitaire conjuguant ces disciplines. L'un des mérites de l'auteur — et non des moindres — réside précisément dans cette approche moderne de la saisie-arrêt de la monnaie scripturale, thème qu'il a choisi d'approfondir dans sa thèse.

Pour être de tradition dans son agencement, la thèse de Monsieur Georges est, dans son contenu, extraordinairement riche et complète. La saisie de la monnaie scripturale est en effet explorée sous tous les aspects dans lesquels elle se déroule dans la réalité et sont analysés les instruments les plus récents permettant de mobiliser cette monnaie scripturale.

(1) Cette interrogation est opportunément soulevée par notre collègue Philippe THÉRY, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II) et membre du jury de la thèse de Monsieur Georges, lors d'un récent colloque en France ayant pour thème : « Le Code de procédure civile et le droit de l'exécution ».



Pour s'en convaincre, nous proposons de suivre, dans ses grandes lignes, le cheminement de l'auteur.

La première partie de la thèse, intitulée « Objet et effets de la saisie-arrêt en général », dresse le décor dans lequel est appelée à se dérouler la saisie de la monnaie scripturale. Frédéric Georges traite de l'objet de la saisie-arrêt, en s'arrêtant spécialement à la notion de patrimonialité dont les contours pour être malaisément définissables en théorie semblent répondre de manière souple et globalement satisfaisante aux besoins de la pratique et en s'interrogeant sur la portée de l'exigence de la notion d'« actualité de la débitio ». L'auteur examine ensuite les effets de la saisie-arrêt, ce qui l'amène à exploiter « la relation qu'entretient la saisie-arrêt avec l'efficacité des relations juridiques vis-à-vis des tiers », celle-ci participant « tantôt de la soumission, tantôt de la subversion » (n° 44). Dans cette optique qui implique la conciliation des principes de relativité et d'opposabilité des conventions aux tiers, Monsieur Georges est conduit d'abord à comparer la saisie-arrêt aux figures triangulaires bien connues du droit civil que sont l'action oblique, l'action directe, la cession de créance et la délégation, pour convenir que le débiteur, tiers saisi, doit en principe se voir reconnaître le droit d'opposer au saisissant les exceptions qu'il pourrait opposer à son créancier, le débiteur saisi. Examinant la théorie du concours en lien avec la saisie-arrêt et ses conséquences pratiques, l'auteur marque les limites du principe d'opposabilité et s'étend sur la portée du principe d'égalité des créanciers que, à juste titre à notre estime, il valorise et à l'aune duquel il confronte la compensation et ses dérives jurisprudentielles ou conventionnelles ; c'est dans ce contexte que l'auteur fait le procès de 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 », loi qui, à l'estime de l'auteur, va nettement au-delà des exigences européennes surtout dans le domaine des conventions de « netting » et favorise spécialement — au point de déséquilibrer le droit du recouvrement — les établissements de crédit par rapport aux autres créanciers ⁽²⁾.

La seconde partie de la thèse — naturellement la plus étendue — est consacrée à l'objet et aux effets de la saisie de la monnaie scripturale.

Le premier titre de cette partie porte sur les particularités de l'objet de la saisie. Monsieur Georges se penche d'abord longuement sur l'avoir particulier qu'est la monnaie scripturale. Dans ce cadre, l'auteur étudie l'établissement de crédit et son environnement, ce qui implique

(2) En toute logique, des critiques identiques sont adressées à la reconnaissance générale d'un avantage similaire au fisc, par une loi-programme du 27 décembre 2004.

d'abord l'examen des systèmes de paiement ; il revient là notamment sur la loi du 15 décembre 2004, mettant en exergue le délicat agencement de cette dernière avec d'autres textes de loi ; l'auteur poursuit par l'évocation des règles de protection des dépôts bancaires. Frédéric Georges en vient ensuite à l'analyse minutieuse de la notion de comptes et dépôts bancaires pour dégager les liens qu'elle entretient avec le concept de monnaie scripturale ; pour sa part, il conclut que l'avoir en compte constitue une créance qui présente une inhérente traçabilité et une réalité souvent fluctuante. Toujours axé sur les particularités de l'objet de la saisie, Monsieur Georges s'attache aux singularités des poursuites sur la monnaie scripturale. Il prend résolument parti en faveur de l'opinion selon laquelle ce n'est pas le compte qui est l'objet des poursuites mais bien le contenu du compte ; il approuve avec force la jurisprudence des Cours de cassation belge et française qui ont fini par admettre la poursuite exercée sur les comptes courants.

L'auteur rencontre alors les obstacles de deux ordres qui sont susceptibles d'entraver la saisie que, pour faire bref, il nomme des comptes. Monsieur Georges relève ainsi les obstacles qui résultent de l'immatérialité de l'objet de la saisie ; se révèle en effet souvent malaisée la découverte de l'existence d'un compte et, dans le contexte transfrontière plus encore, posent problème les limites de la territorialité du droit de l'exécution traditionnellement justifiées par les limites de la contrainte, non seulement pour les mesures conservatoires mais aussi pour la localisation de l'avoir bancaire, le droit international privé n'étant pas d'un apport sûr en ce domaine. Résolument, Frédéric Georges montre que les limites de la territorialité du droit de l'exécution peuvent, sinon être contournées, du moins être affrontées, en exploitant les acquis de la circulation des jugements qu'il dégage des dispositions applicables dans l'Union européenne et des dispositions de droit international privé, concluant néanmoins à l'impérieuse nécessité d'une action dans l'ordre européen et transnational pour que soit assuré effectivement pour tous le droit au recouvrement forcé des créances.

Après les obstacles résultant de l'immatérialité de l'objet de la saisie, Frédéric Georges expose les obstacles qui découlent de la traçabilité de l'objet de la saisie⁽³⁾. Ainsi en ira-t-il lorsque sera applicable le maintien de l'insaisissabilité de sommes protégées lorsqu'elles sont versées sur un compte bancaire, en application des articles du Code judiciaire introduits par une loi du 27 décembre 2005 portant des dispositions diverses ; l'auteur présente de cette réglementation instaurant une insaisissabilité fondante, une analyse fouillée dont il souligne les failles. Tou-

(3) Le vocable « obstacle » utilisé par l'auteur, remarquons-le, revêt ici pour lui un sens neutre ; il signifie cela seulement que l'obtention des effets recherchés par une saisie peut être empêchée dans certaines hypothèses.



jours dans l'examen des obstacles qui découlent de la traçabilité de l'objet de la saisie, Frédéric Georges entreprend l'étude des divers comptes de gestion de fonds destinés à autrui ; il en offre d'abord un catalogue complet, reprenant pour chacun d'eux les textes législatifs ou déontologiques qui les concernent ainsi que la description de leur structure ; sont successivement décrits les fonds liés aux entreprises d'investissement, les fonds détenus par les notaires dans des comptes de différents types, les fonds destinés aux constitution et augmentation de capital dans les sociétés, les fonds liés à la gestion du patrimoine des personnes inaptes, les fonds concernant la liquidation des faillites et enfin les fonds détenus par les avocats ; cette revue aboutit à une tentative de systématisation consistant dans la reconnaissance d'un statut spécifique pour les comptes de gestion de fonds destinés à autrui que la doctrine néerlandophone nomme les « kwaliteitsrekening », expression traduite en français par « comptes de qualité ».

Après l'exposé relatif aux particularités tenant à l'objet de la saisie de la monnaie scripturale, viennent les développements consacrés aux particularités des effets de la saisie. Monsieur Georges les a compartimentés d'une part, dans une perspective statique, et d'autre part, dans une perspective dynamique. Au premier point de vue, examinant les droits et devoirs des établissements de crédit, Frédéric Georges fait tout d'abord un sort à l'obligation de déclaration de tiers saisi qui s'impose à eux, spécialement dans le cadre d'une ouverture de crédit. L'auteur s'étend ensuite sur les garanties du crédit bancaire concernant d'une part, un compte individuel, ce qui le conduit à revenir une fois encore à la loi du 15 décembre 2004, laquelle d'une manière limitée selon lui reconnaît la validité de la cession fiduciaire de monnaie scripturale et, d'autre part, plusieurs comptes, étant visées là les clauses d'unicité de comptes et de compensation. Toujours dans la perspective statique, Frédéric Georges présente une analyse de comptes particuliers que sont les comptes joints à pluralité de titulaires et les divers comptes cantonnés et escrow account.

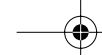
Abordant le compte saisi dans une perspective dynamique, Monsieur Georges part du constat de la volatilité de la monnaie scripturale et de l'absence d'immédiateté des opérations de transfert de fonds, pour s'atteler à la définition de la notion d'opérations en cours frappées par la saisie-arrêt opérée sur un avoir en compte bancaire ; pour atteindre son but, Monsieur Georges puise une aide dans le principe de l'irrévocabilité des instructions données par un instrument de transfert électronique de fonds consacré par la loi du 17 juillet 2002 « relative aux opérations effectuées au moyen de transfert électronique de fonds » tout en constatant qu'il ne trouve pas dans cette loi un appui qui le dispenserait, en dépit du rôle d'acteur fondamental qu'est Banksys, d'une analyse segmentée des différents instruments de transfert monétaire. Frédéric Geor-

ges passe dès lors en revue le retrait ou le dépôt de fonds à un guichet, automatisé ou non, l'émission d'un chèque, le virement, les paiements aux terminaux points de vente, les domiciliations et ordres permanents, les cartes de crédit, les paiements par Internet et par téléphonie mobile, les cartes proton, l'auteur pronostiquant que d'autres techniques de transfert de fonds apparaîtront dans l'avenir. En conclusion de cette partie de sa thèse, Monsieur Georges propose la définition qu'il retient de l'opération en cours et qui doit servir de critère pour fixer la portée d'une saisie sur un compte : « une opération de transfert de fonds est en cours si son initialisation et son inéluctabilité sont antérieures à la réception, par l'organisme de crédit, de l'acte de saisie-arrêt. » (n° 464) ; l'auteur achève par des suggestions afin que le droit de l'exécution ne soit pas démuné face à l'exceptionnelle volatilité de la circulation monétaire.

Tout autant que l'ampleur et l'actualité de la recherche, doivent être soulignées la finesse et la pertinence de l'argumentation sur les questions multiples et souvent essentielles du point de vue pratique auxquelles l'auteur a été confronté tout au long de l'élaboration de sa thèse. Certes, certaines de ses prises de position seront discutées ; ainsi en ira-t-il peut-être du statut spécifique que reconnaît l'auteur aux comptes de gestion des fonds destinés à autrui mais qu'il dénie en revanche aux comptes cantonnés ou encore de sa prise de position sur la notion d'opération en cours qui ne s'accorde pas absolument, à l'évidence, avec l'opinion de ceux qui voient comme objet de la saisie le compte lui-même et non seulement son contenu. Désormais cependant, il faudra tenir compte, que ce soit pour l'approuver ou pour la réfuter, de la dialectique développée par Monsieur Georges, tant cette dialectique est approfondie et rigoureuse.

À travers la thèse, se révèle assurément la puissance de travail de Frédéric Georges. Nous voulons aussi mettre en exergue son courage devant une sorte d'adversité qui frappe parfois un doctorant. Alors en effet que Frédéric Georges entrevoyait la fin de l'épreuve de rédaction de sa thèse, a été publiée la loi du 15 décembre 2004 qui, au premier abord, lui a paru conduire à la remise en cause de son travail ; très vite cependant, Monsieur Georges a réagi et, prenant en quelque sorte à bras le corps la législation nouvelle qui venait saper certains de ses développements, il l'a analysée avec précision et opiniâtreté ; il en a offert une critique tellement pertinente que l'on peut penser qu'elle ne restera pas sans lendemain, tant cette législation vient perturber anormalement le droit de l'exécution au profit des établissements financiers et au détriment des créanciers ordinaires.

Paraphrasant un explorateur, il nous semble que Frédéric Georges « a réussi parce qu'il ne savait pas en entreprenant cette thèse que la tâche était apparemment impossible » !



À notre sens, il s'agit d'une thèse dans toute la dimension du terme : par l'exhaustivité de la recherche, par la méthode consistant à dégager les particularités de la saisie de la monnaie scripturale après avoir revisité de manière approfondie l'objet et les effets de la saisie-arrêt en général et par l'originalité d'une étude tant dans sa multidisciplinarité (sont notamment convoqués le droit financier, le droit européen, le droit international, le droit économique et commercial, le droit des sûretés, le droit des obligations, le droit des saisies, le droit judiciaire...) que dans l'élaboration d'un régime juridique cohérent du compte en banque dont il rencontre et solutionne les multiples controverses qu'il a suscitées en matière de paiement, de concours et de garanties de paiement. Il s'agit ainsi d'une somme parfaitement articulée, dans un secteur sensible, dont on mesurera rapidement l'importance majeure qu'elle présente pour une meilleure maîtrise du droit du paiement et du recouvrement à l'aide de la monnaie scripturale devenue la monnaie la plus usitée.

Une théorie et une pratique générale de la saisie de la monnaie scripturale (mise sur le même pied que la monnaie fiduciaire) nous est proposée en tenant compte des exigences du recouvrement et en veillant à souligner les hypertrophies catégorielles parfois peu conformes aux exigences de l'Etat de droit et du procès équitable. C'est un guide sûr et solide ainsi que, dans le prolongement de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg (arrêt Hornsby du 19 mars 1997), un projet très élaboré en vue d'améliorer de façon équilibrée la concrétisation d'un droit de l'exécution de qualité.

On ne s'étonnera donc pas qu'au terme de sa brillante défense de thèse publique, Frédéric Georges se soit vu décerner par le jury le titre de docteur en droit avec la plus grande distinction et les félicitations du jury. Ainsi Monsieur Georges prend-il place dans la relève des chercheurs et enseignants du droit à l'université.

Irma MOREAU-MARGRÈVE

Professeur honoraire de l'Université de Liège

Georges DE LEVAL

Professeur ordinaire à l'Université de Liège



AVANT-PROPOS

Ces quelques lignes ont pour principale et naturelle raison d'être de remercier ceux qui m'ont permis de mener à bien la présente recherche, dont les dispositions légales relevantes ont été tenues à jour au 31 décembre 2005. Incidemment, cette expression de reconnaissance m'autorisera un bref détachement à l'égard de la technicité de cet ouvrage.

Mon infinie gratitude s'adresse avant tout aux deux promoteurs de cet ouvrage, les professeurs Irma Moreau-Margrève et Georges de Leval. Depuis que l'opportunité me fut donnée de travailler au sein de leurs services, compétence, rigueur et enthousiasme furent mon quotidien et leur exemple un guide sûr et réconfortant. Tout ce qui, dans ce livre, pourrait inspirer un législateur ou un juge porte l'estampille de la complémentarité de leurs exceptionnelles qualités. Ma seule ambition a été de traiter la saisie « des comptes bancaires » de la même manière que l'un d'entre eux souhaitait, dans une étude devenue référence en la matière, examiner l'évolution du droit des sûretés, soit « *d'une manière objective, c'est-à-dire sans s'attacher au point de vue de l'un ou de l'autre partenaire au lien obligationnel garanti, que ce soit le dispensateur du crédit ou son bénéficiaire ; c'est-à-dire aussi sans privilégier une sorte de donneurs de crédit...* » ⁽¹⁾. J'espère n'avoir pas failli, dans cette matière où l'importance sous-jacente des enjeux financiers et la difficile pondération d'intérêts contradictoires dictent parfois leurs lois à la neutralité scientifique. J'espère aussi avoir pu rendre hommage à leur souci constant, dans leur contribution au droit, de construire plutôt que de détruire, laissant à d'autres les certitudes intransigeantes et les critiques péremptoires. Le droit n'est-il pas un « *doute qui décide* » ⁽²⁾ ?

M. Jacques van Compernelle, Professeur émérite de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, a très aimablement accepté de faire partie du comité de lecture de la thèse en gestation et de présider le jury amené à juger le produit fini. Les entretiens chaleureux que nous avons eus à Louvain-la-Neuve furent pour moi un fil d'Ariane. Je lui voue également une reconnaissance sans borne.

J'ai par ailleurs joui du privilège de la présence, dans mon comité de thèse, du Professeur Philippe Théry. L'Université de Paris II Panthéon-

(1) I. MOREAU-MARGRÈVE, « Évolution du droit et de la pratique en matière de sûretés », in *Les créanciers et le droit de la faillite*, C.D.V.A., Bruylant, 1983, pp. 77 et s., sp. p. 80.

(2) Fr. TERRÉ, « Lettres à un jeune juriste », in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle. Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, pp. 989 et s., sp. p. 995.



Assas lui est redevable d'écrits magistraux en droit du recouvrement. Il a rehaussé de sa personnalité empreinte d'urbanité l'achèvement de mon travail. Je l'en remercie vivement.

Ma dette de reconnaissance a pareillement pour créanciers solidaires les trois autres membres de mon jury. Monsieur Eric Dirix, Conseiller à la Cour de cassation et Professeur extraordinaire à la Katholieke Universiteit Leuven, Madame Michèle Vanwijck-Alexandre et Madame Christine Biquet-Mathieu, respectivement Professeur ordinaire et Professeur à l'Université de Liège, m'ont tous fait profiter de leur grande expertise et de leur délicatesse.

La progression dans une recherche doctorale, même entouré de la plus heureuse façon, comme tel fut mon cas, ne porte cependant qu'en germe son achèvement. Son éclosion doit tout à mon amie, Cathy, dont la présence, le soutien et la patience, la douceur et l'énergie ont tant nourri les dernières impulsions nécessaires.

Je suis redevable à mes parents du goût des livres et des études. Par leur propre travail, ils m'ont par ailleurs permis naguère de n'avoir, le plus souvent, à ne me soucier que de cela et m'ont épargné les tracasseries que d'autres ont dû affronter. Ce livre leur est également dédié en témoignage de remerciement et de profonde affection.

Je souhaite également exprimer mon attachement aux membres des corps académique et scientifique de la Faculté de droit de l'Université de Liège qui, par leur enseignement, leur exemple, leur compagnie voire leur amitié, ont su entretenir un îlot d'enthousiasme et de travail propice au parcours du doctorant.

Enfin, il me tient à cœur d'évoquer la mémoire *des voix chères qui se sont tues*. Catherine, Anne, Claire-Marie, Joséphine, Daniel, Dimitri, Christophe, qui êtes partis si tôt, votre souvenir reste vivace en moi et ce soir, en relisant les ultimes épreuves, dans la rare beauté de la vieille ville d'Édimbourg, mes pensées sont pour vous.

Frédéric GEORGES
Février 2006

LISTE DES ABRÉVIATIONS

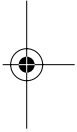
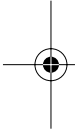
Act. dr.	Actualités du droit — Revue de la Faculté de droit de Liège
adde	Consultez également
A.J.T.	Algemeen Juridisch Tijdschrift
al.	alinéa
A.L.J.B.	Association Luxembourgeoise des Juristes de Banque
Ann. dr.	Annales de droit de Louvain
Ann. dr. Liège	Annales de droit de Liège
Ann. Fac. Dr. Liège	Annales de la Faculté de Droit, d'Économie et de Sciences sociales de Liège
A.R.	arrêté royal
Arr. cass.	Arresten van het Hof van cassatie
art.	article
Av. gén.	Avocat général
Bull.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation de Belgique
Bull. ass.	Bulletin des assurances
Bull. civ.	Bulletin des Chambres civiles de la Cour de cassation de France
Bull. crim.	Bulletin de la Chambre criminelle de la Cour de cassation de France
C.A.	Cour d'arbitrage
Cah. dr. jud.	Cahiers de droit judiciaire
Cass.	Cour de cassation de Belgique
Cass. fr. (civ.)	Cour de cassation de France, chambre civile
Cass. fr. (com.)	Cour de cassation de France, chambre commerciale
Cass. fr. (crim.)	Cour de cassation de France, chambre criminelle
ch.	chambre d'une juridiction
Ch. Repr.	Chambre des Représentants
Chron. dr. not.	Chronique de droit à l'usage du notariat
Chron. dr. soc.	Chronique de droit social
C.I.R.	Code des impôts sur le revenu
Civ.	Tribunal civil
Civ. (réf.)	Tribunal civil, référé
Civ. (sais.)	Tribunal civil, chambre des saisies
C.J.C.E.	Cour de justice des Communautés européennes
col.	colonne
Comm.	Tribunal de commerce

Comm. (réf.)	Tribunal de commerce, référé
comp.	Comparez
Compl.	Complément
concl.	conclusions
Contrats, conc., cons.	Contrats, concurrence, consommation
Cour eur.D.H.	Cour européenne des droits de l'homme
C.T.V.A.	Code de la T.V.A.
C.U.P.	Commission Université-Palais
D.	Recueil Dalloz
D.A. O.R.	Droit des affaires — Ondernemingsrecht
D.C.C.R.	Droit de la consommation — Consumentenrecht
Defr.	Defrénois
Doc. parl.	Documents parlementaires
Dr. banc. fin.	Droit bancaire et financier
Dr. inform.	Droit de l'informatique
Ed.	Editeur
éd.	édition
ég.	également
err.	erratum
Euredia	Revue européenne de Droit bancaire et financier
Fasc.	Fascicule
F.J.F.	Fiscale Jurisprudentie — Jurisprudence fiscale
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Huur	Tijdschrift huurrecht
Int'l Lis	Supplément au Corriere Giuridico, dédié aux litiges internationaux
J.C.B.	Jurisprudence commerciale de Belgique
J.C.J.	Jurisprudence du Code judiciaire
J.C.P.	Jurisclasser périodique (La Semaine juridique)
J.D.F.	Journal de droit fiscal
J.D.I.	Journal de droit international (Clunet)
Jex	Juge de l'exécution
J.J.P.	Journal des juges de paix et de police
J.L.	Jurisprudence de Liège
J.L.M.B.	Revue de jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles
J.O.	Journal officiel de la République française
J.O.C.E./J.O.U.E.	Journal officiel des Communautés européennes/ de l'Union européenne
Journ. proc.	Journal des procès
J.P.	Juge de paix
J.T.	Journal des tribunaux
J.T.D.E.	Journal des tribunaux de droit européen
J.T.T.	Journal des tribunaux du travail
Jur. Falc.	Jura Falconis

l.	Livre
M.B.	Moniteur belge
N.F.M.	Notarieel en fiscaal maanblad
N.J.W.	Nieuw juridisch weekblad
obs.	observations
op. cit.	opus citatum
p.	page
pp.	pages
Pas.	Pasicrisie
P.&B./R.D.J.P.	Proces en bewijs — Revue de droit judiciaire et de la preuve
R. Cass.	Recente Arresten van het Hof van cassatie
R.C.D.I.P.	Revue critique de droit international privé
R.C.J.B.	Revue critique de jurisprudence belge
R.D.C.(B.)	Revue de droit commercial (belge)
R.D.I.C.	Revue de droit international et de droit comparé
Rec.	Recueil de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes
Rép. not.	Répertoire notarial
Res jur. Imm.	Res et Jura immobilia
Rev. Banque	Revue de la Banque
Rev. banc. fin.	Revue bancaire et financière
Rev. not. b.	Revue du notariat belge
Rev. dr. U.L.B.	Revue de droit de l'Université libre de Bruxelles
Rev. Dr. ULg	Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège
Rev. Huiss. (fr.)	Revue (française) des huissiers, continuée par Droit et procédures
Rev. prat. soc.	Revue pratique des sociétés
Rev. trim. dr. civ.	Revue trimestrielle de droit civil
Rev. trim. dr. com.	Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique
Rev. trim. dr. fam.	Revue trimestrielle de droit familial
R.G.	rôle général
R.G.C.F.	Revue générale du contentieux fiscal
R.G.D.C.	Revue générale de droit civil
R.G.E.N.	Recueil général de l'enregistrement et du notariat
R.I.D.C.	Revue internationale de droit comparé
R.P.D.B.	Répertoire pratique de droit belge
R.R.	rôle des requêtes
R.R.D.	Revue régionale de droit
R.W.	Rechtskundig weekblad
s.	suivant(es)
Sén.	Sénat
somm.	décision uniquement reproduite en sommaire



sp.	spécialement
S.P.F.	Service public fédéral
t.	tome
T.B.R.	Tijdschrift voor Brugse Rechtspraak
T.F.R.	Tijdschrift voor Fiscaal Recht
T.G.I.	Tribunal de grande instance
T.G.R.	Tijdschrift voor Gentse rechtspraak
T. Not.	Tijdschrift voor Notarissen
T.P.R.	Tijdschrift voor privaatrecht
T.R.V.	Tijdschrift voor Rechtspersoon en Vennootschap
Turnh. Rechtsl.	Turnhouts Rechtsleven
v°	verbo
vol.	volume
X	Ouvrage collectif ou étude anonyme



INTRODUCTION GÉNÉRALE

1. Sujétion des biens aux dettes. Aux termes de l'article 7 de la loi hypothécaire du 16 décembre 1851, « quiconque est obligé personnellement est tenu de remplir ses engagements sur tous ses biens mobiliers ou immobiliers, présents et à venir ». Le principe de la sujétion uniforme des biens du débiteur à la satisfaction de ses engagements ⁽¹⁾ est à la fois répété et matérialisé par l'article 8, *initio*, de la même loi, selon lequel « les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers » ⁽²⁾.

Ces dispositions, qui reproduisent les articles 2092 et 2093 du Code Napoléon, portent une des normes fondatrices de notre droit civil ; elles sont à l'origine de la théorie du patrimoine, notion essentiellement pécuniaire ⁽³⁾, élaborée par Aubry et Rau au 19^e siècle ⁽⁴⁾. Le principe qu'elles consacrent est commun aux États membres de l'Union européenne ⁽⁵⁾. Il est traditionnellement enseigné que les exceptions à ce principe, au rang desquelles se trouvent les insaisissabilités, doivent être interprétées à tout le moins strictement ⁽⁶⁾.

2. Concrétisation de l'emprise. Le principe de sujétion des biens se concrétise par le biais de procédures individuelles ou collectives. Les premières d'entre elles sont les saisies, régies principalement par le titre III

(1) L'expression est empruntée à Fr. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, 3^e éd., Larcier, 2000, p. 17, n° 11 ; on la trouvait déjà chez De Page (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VI, Bruxelles, Bruylant, 1953, entre autres p. 622, n° 723).

(2) Nous ne ferons provisoirement que citer les deux autres normes fondamentales du droit du patrimoine consacrées par l'article 8 de la loi hypothécaire, soit le principe d'égalité des créanciers et l'annonce de l'exception à ce principe que constitue l'existence de causes légitimes de préférence ; voy. E. DIRIX et R. DECORTE, *Zekerheidsrechten*, *Story-Scientia*, 1999, sp. nos 35 à 50 ; E. DIRIX, « Commentaire Art. 8 L. Hyp. », in *Privileges et hypothèques*, Kluwer, 1998 ; M. GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, Bruylant, Collection de la Faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles, 1992 ; Fr. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, *op. cit.*, pp. 50 à 53, nos 84 à 86 ; en droit français, voy., entre autres, Ph. THÉRY, *Sûretés et publicité foncière*, 2^e éd., P.U.F., 1998, n° 1 ; L. AYNES, *Les sûretés — La publicité foncière*, 8^e éd., Cujas, 1997, pp. 12 et 13, nos 3 et 4 ; M. CABRILLAC et Chr. MOULY, *Droit des sûretés*, 7^e éd., Litec, 2004, pp. 439 à 442, nos 518 à 520.

(3) Chr. ATIAS, *Droit civil — Les biens*, 5^e éd., Litec, 2000, pp. 14 à 16, n° 11, selon qui le patrimoine est « l'unité juridique formée de l'ensemble des biens potentiels et des obligations d'une même personne..., la représentation pécuniaire de la personne ».

(4) Voy. F. COHET-CORDEY, « La valeur explicative de la théorie du patrimoine en droit positif français », *Rev. trim. dr. civ.*, 1996, pp. 819 et s.

(5) Telle était en tout cas la situation avant le récent élargissement de l'Union ; voy. E. KRINGS, « Le droit des saisies dans les douze États membres de l'Union européenne », *Act. dr.*, 1995, pp. 313 et s., sp. p. 329 et 330 ; *adde* J. NORMAND, « Les insaisissabilités — Les mesures conservatoires », *Act. dr.*, 1995, pp. 367 et s., sp. p. 368 ; G. de LEVAL, « Aperçu du droit de l'exécution dans les États membres de l'Union européenne », *L'huissier de justice*, 1998, n° 2, pp. 1 et s., sp. p. 5.

(6) Rapport fait au Sénat sur le projet de Code judiciaire par le commissaire royal Ch. VAN REE-PINGHEN, Bruylant, 1967, p. 501, où est explicitement prônée une interprétation restrictive.

de la cinquième partie du Code judiciaire⁽⁷⁾. Il importe cependant de ne pas se méprendre sur les mots : la saisie a été justement définie comme une poursuite individuelle mais à vocation collective⁽⁸⁾, même si cet aspect a été et reste parfois méconnu⁽⁹⁾.

Les procédures collectives les plus fréquentes sont la faillite⁽¹⁰⁾, le concordat⁽¹¹⁾, la liquidation des personnes morales⁽¹²⁾ et le règlement collectif de dettes⁽¹³⁾. Peu importe que prédomine dans ces procédures l'assainissement du patrimoine ou la réalisation pure et simple de ce dernier, étant donné qu'il est, dans les deux occurrences, détourné d'un usage exclusivement choisi par son titulaire dans la perspective, à tout le moins partielle, d'être affecté au paiement des dettes de celui-ci⁽¹⁴⁾.

(7) Voy. P. JULIEN, *Saisie*, *Rép. proc. civ.*, Dalloz, 1997, p. 2, n° 4 : « Les procédures civiles d'exécution, comme jadis les voies d'exécution, recouvrent une matière qui comprend, par rapport aux saisies et mesures d'exécution véritables, en amont les saisies et mesures conservatoires, et en aval les procédures de distribution des deniers » ; l'objet de notre recherche est commun aux saisies conservatoires et aux voies d'exécution.

(8) G. de LEVAL, *Traité des saisies*, Faculté de droit de Liège, 1988, p. 3, n° 1.A ; voy. ég. G. CLOSSET-MARCHAL, L. du CASTILLON et J. van COMPERNOLLE, « Saisies — Généralités », *R.P.D.B.*, Compl. VIII, Bruylant, 1995, pp. 621 et s., nos 606 à 618 ; J. van COMPERNOLLE, « Le caractère collectif des saisies », in *Liber Amicorum Prof. em. E. Krings*, Story-Scientia, 1991, pp. 843 et s., et, du même auteur, « Saisies et concordat civil : antinomie ou complémentarité », in *Surendettement civil*, Formation permanente C.U.P., vol. I, 1995, pp. 407 et s. ; depuis la réforme de la loi du 29 mai 2000, voy. également les titres éloquentes d'une étude d'E. DIRIX, (« Een derdenbeslag legt men nooit alleen », in *Liber amicorum F. Bouckaert*, Universitaire pers Leuven, 2000, pp. 155 et s.) et d'un ouvrage collectif (*Beslag- en executierecht — Naar een collectief beslagrecht*, Intersentia Rechtswetenschappen, 2001).

(9) On pense ici à la controverse relative à la vocation collective de la saisie-arrêt tranchée par la Cour de cassation dans son arrêt du 11 avril 1997 (Cass., 1^{re} ch., 11 avr. 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 453, avec note, R.W., 1997-1998, p. 186, avec note E. DIRIX, *T. Not.*, 1999, p. 253, avec note F. BOUCKAERT, *R.G.D.C.*, 1997, p. 204, avec note B. MAES, *J.L.M.B.*, 1997, p. 911, avec note F. GEORGES).

(10) Loi du 8 août 1997 sur les faillites.

(11) Loi du 17 juillet 1997 relative au concordat judiciaire.

(12) Code des sociétés, articles 181 et s., sp. art. 192 ; les principes déduits de la dissolution des sociétés commerciales ont été généralisés aux autres personnes morales, dont les associations sans but lucratif : voy. Ph. GÉRARD, « La règle de l'égalité entre les créanciers d'une société commerciale en liquidation », note sous Cass., 24 mars 1977, *R.C.J.B.*, 1977, pp. 634 et s. et les références citées ; voy. ég. M. GRÉGOIRE, « L'effet d'une mesure conservatoire pratiquée après l'entrée en liquidation d'une personne morale », note sous Cass., 23 janvier 1992, *R.C.J.B.*, 1994, p. 398 et N. THIRION, « La théorie de l'égalité des créanciers en concours d'une personne morale en liquidation : nouveaux enseignements de la Cour de cassation », note sous Cass. (1^{re} ch.), 15 oct. 1999, *R.C.J.B.*, 2001, pp. 166 et s.

(13) Loi du 5 juillet 1998 relative au règlement collectif de dettes et à la possibilité de vente de gré à gré des biens immeubles saisis.

(14) Est controversée la question de savoir si les procédures collectives de réorganisation du passif, tel le concordat, ressortissent réellement à la notion de concours, résultant, selon M. Grégoire, de « l'opération, appelée réalisation, par laquelle deux droits de créance au moins acquièrent un caractère d'opposabilité absolue, par la poursuite de leur exécution forcée, sur un ou plusieurs biens du débiteur, désormais détachés de leur affectation naturelle, et considérés comme pure valeur, destinée, aux yeux de tous, au remboursement des créanciers participant à la procédure d'exécution forcée » (M. GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, op. cit., p. 428, n° 590) ; sur ce

3. Consistance du patrimoine et dématérialisation des biens. Le patrimoine n'est rien d'autre que l'agglomérat des biens, définis tantôt comme des choses qui servent à l'usage de l'homme et lui permettent de satisfaire ses besoins⁽¹⁵⁾, tantôt comme des valeurs économiques dont un sujet de droit est propriétaire⁽¹⁶⁾.

Parmi les droits patrimoniaux, que l'on oppose aux droits extra-patrimoniaux, on distingue les droits réels, les droits de créance et les droits intellectuels. Il n'est pas contesté qu'au-delà de sa nature de lien de droit entre deux êtres juridiques, la créance est un bien⁽¹⁷⁾, même si l'examen de son régime juridique relève traditionnellement non du droit des biens, mais du droit des obligations⁽¹⁸⁾. On a justement souligné que la possibilité de transmettre une créance se fonde sur une appréciation du rapport d'obligation qui met particulièrement l'accent sur sa valeur patrimoniale⁽¹⁹⁾. Une créance contre un tiers est donc un élément du patrimoine⁽²⁰⁾.

point, voy. F. GEORGES, « Le concordat est-il une hypothèse de concours ? Éléments théoriques et pratiques », in *Le point sur le droit des sûretés*, Formation permanente C.U.P., vol. 41, 2000, pp. 203 et s. et les références citées ; voy. depuis la parution de cette étude V. SAGAERT et A. DE WILDE, « Het lot van de preferente schuldeisers bij collectieve saneringsprocedures », *Rev. Huiss.*, 2001, pp. 4 et s. ; N. THIRION, « La théorie de l'égalité des créanciers en concours d'une personne morale en liquidation : nouveaux enseignements de la Cour de cassation », *op. cit.*, sp. pp. 185 et s., n°s 14 à 18 et les références citées par J. WINDEY, « Bilan de trois années d'application de la loi du 17 juillet 1997 relative au concordat judiciaire », *R.D.C.*, 2002, pp. 5 et s., note 5 ; X. DIEUX et J. WINDEY, « Nouvelles observations sur la théorie générale du concours entre les créanciers à la lumière de la loi du 17 juillet 1997 sur le concordat judiciaire et de ses premières applications », in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruylant, 2000, pp. 379 et s. ; Ph. COLLE et B. VAN DEN BRANDT, « Het gerechtigd akkoord : een samenloop ? », in *Mélanges Philippe Gérard*, Bruylant, 2002, pp. 183 à 196.

(15) Fr. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Droit civil — Les biens*, 5^e éd., Dalloz, 1998, p. 3, n° 3 ; *adde* M. ATIAS, selon qui le droit des biens envisage la composition du patrimoine et le régime juridique de ses composantes (Chr. ATIAS, *Droit civil — Les biens*, *op. cit.*, pp. 1 et 5, n° 6A).

(16) J. HANSENNE, *Les biens — Précis*, Collection scientifique de la Faculté de droit de Liège, 1996, t. I, p. 11, n° 1 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, Ph. COPPENS et M. CLAVIE, « Examen de jurisprudence (1989 à 1998). Les biens », *R.C.J.B.*, 2000, pp. 59 à 215, sp. p. 65, n° 2.

(17) Comp. l'analyse de M. Billiau, qui distingue l'obligation de la créance, cette dernière catégorie seule pouvant être un bien : « Le créancier est celui qui attend de l'exécution de l'obligation un résultat déterminé. À ce titre, l'obligation engendre nécessairement une créance qui correspond à une valeur économique appréciable en argent. Cependant, cette constatation ne suffit pas pour faire de toutes les créances des biens. C'est le cas des obligations dont le résultat économique est inséparable de la personne des obligés » (M. BILLIAU, *La transmission des créances et des dettes*, L.G.D.J., Droit des affaires, 2002, pp. 1 à 14, sp. pp. 12 à 13, n° 9).

(18) Fr. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Droit civil — Les biens*, *op. cit.*, p. 13, n° 12.

(19) J. GHESTIN, « Les effets du contrat à l'égard des tiers — Introduction », in *Les effets du contrat à l'égard des tiers — Comparaisons franco-belges*, L.G.D.J., 1992, pp. 4 et s., sp. p. 34, n° 31 ; S. BEYAERT, « Overdracht van contracten », note sous Liège (3^e ch.), 22 mars 2000, *R.G.D.C.*, 2003, pp. 654 et s., sp. p. 667, n° 41 : « Als onlichamelijk bestanddeel van het vermogen van een persoon kan een schuldvordering in principe worden overgedragen ».

(20) J. VINCENT et J. PRÉVAULT, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, Précis Dalloz, 1984, 15^e éd., p. 187, n° 240 ; M.-E. MATHIEU-BOUYSSOU, « La transmission de la clause compromissoire au cessionnaire de la créance », *J.C.P.*, 2003, I, n° 116 : « La créance transmise sous-trait une richesse du patrimoine du cédant : elle est une valeur patrimoniale » ; V. SAGAERT, « De derdenrekening van een advocaat : een algemene kwaliteitsrekening ? », note sous Bruxelles (9^e ch.), 26 mars 2002, *R.G.D.C.*, 2003, pp. 312 et s., sp. p. 317, n° 3.

C'est un constat éculé de relever qu'à l'heure actuelle, les biens incorporels représentent une part extrêmement importante de la richesse privée⁽²¹⁾. Le Code Napoléon n'avait pas attendu cette évolution pour appréhender la créance comme objet de crédit via le nantissement⁽²²⁾ ; désormais, les meubles incorporels en sont les instruments prépondérants, même si pareille situation n'est pas toujours parfaitement maîtrisée⁽²³⁾.

4. L'exécution comme droit fondamental. La facette du droit de l'exécution révèle un constat identique. En 1967, le Code judiciaire a notablement amélioré en la saisie-arrêt l'instrument de poursuite sur les créances et, plus généralement, sur les meubles incorporels⁽²⁴⁾. Par ailleurs, confrontés à l'importance prise par les biens immatériels, certains systèmes juridiques favorisent même, de nos jours, les voies d'exécution sur les créances plutôt que sur les biens corporels, meubles ou immeubles⁽²⁵⁾ ; l'objectif attendu — le paiement du créancier — est en effet susceptible d'être atteint plus rapidement par le biais d'écritures comptables. La contrainte juridique, moins attentatoire à la liberté, se substitue ainsi à la contrainte physique⁽²⁶⁾. Le droit de l'exécution est,

(21) V. SAGAERT, « Les interférences entre le droit des biens et le droit des obligations : une analyse de l'évolution depuis le Code civil » in *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, La Chartre, 2004, pp. 351 et s., sp. pp. 381 et 382, n° 38 ; voy. déjà en 1966 l'étude remarquée de P. CATALA, « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », *Rev. trim. dr. civ.*, 1966, pp. 185 et s. ; *adde* R. PERROT et Ph. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2000, p. 21, n° 19 ; A. DELFOSSE, « Introduction générale », in *Le patrimoine au XXI^e siècle — Défis et horizons nouveaux*, 96^e Congrès des notaires de France, A.C.N.F., 2000, p. 5 ; J.-C. WOOG, « Le tiers saisi, Docteur Jekyll ou Mister Hide », *Contr. conc. cons.*, 2002, n° 4, pp. 11 et s., sp. p. 11, qui voit la cause de l'importance de la saisie-attribution dans « la modification de la consistance des biens susceptibles d'être saisis et rendus indisponibles par le créancier ».

(22) Voy. l'article 2075 du Code civil, qui régit le nantissement « sur les meubles incorporels, tels que les créances mobilières » ; sur cette sûreté, voy. Fr. T'KINT, « L'engagement des créances », in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruylant, 2000, pp. 283 à 300, ainsi que les développements que nous y consacrons dans la présente recherche (*infra*, n°s 108 et s.).

(23) M. CABRILLAC, « Les sûretés réelles. Entre vins nouveaux et vieilles outres », in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle — Études offertes à P. Catala*, Litec, 2001, 709 et s., sp. p. 713 à 714, n°s 11 à 13.

(24) *La saisie-arrêt* a en effet pour objet les biens incorporels dans leur généralité (G. de LEVAL, *Traité des saisies*, *op. cit.*, pp. 74, 82 et 83, n°s 40 et 48 ; voy. ég. *infra*, n°s 24 et s.) ; pour un regard rétrospectif sur la promulgation du Code judiciaire, voy. E. KRINGS, « Le Code judiciaire, quarante ans après... », in *Mélanges Jacques van Compernelle*, Bruylant, 2004, pp. 249 et s., sp. p. 264, n° 30 ; relevons également, dans les mêmes *Mélanges*, que le professeur Ledoux voit dans la cinquième partie du Code judiciaire le fleuron de ce dernier (J.-L. LEDOUX, « Nul ne peut servir deux maîtres », *eod. loc.*, pp. 303 et s., sp. p. 303).

(25) Voy. l'article 51, alinéa 1^{er}, de la loi française du 9 juillet 1991 et l'article 82 du décret du 31 juillet 1992 ; sur ces dispositions, R. PERROT et Ph. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, *op. cit.*, pp. 22 et 138, n°s 20 et 121 ; M. et J.-B. DONNIER, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, 6^e éd., Litec, 2001, sp. pp. 243 à 247, n°s 722 à 735 ; Y. DESDEVISES, « Objet de la saisie — Liberté de choix du créancier », *Jur.-Cl.*, fasc. 2160, Litec, 1993, sp. pp. 10 à 12, n°s 90 à 121.

(26) R. PERROT, « Journée sur le droit des saisies : conclusions », *Act. dr.*, 1995, pp. 521 et s., sp. p. 531 ; *adde* R. PERROT et Ph. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, *op. cit.*, pp. 126 et 127, n° 109, qui soulignent que le droit français justifie par la même idée l'effet d'attribution des saisies de créance, sauf le cas de la rémunération ; sur les raisons d'être de cette exception, voy. le n° 474 de l'ouvrage précité.

parmi d'autres, une de ces manifestations d'adaptation nécessaire du système juridique face à la dématérialisation du patrimoine⁽²⁷⁾.

L'importance du droit de l'exécution dans le système juridique ne peut par ailleurs être négligée. En premier lieu, un système performant de recouvrement des créances a pour premier mérite de réduire les tentations, parfois barbares, de la justice privée. Ce n'est évidemment pas tout. Les règles internationales directement applicables ont conféré un certain lustre à une discipline juridique souvent considérée comme ancillaire⁽²⁸⁾. Ainsi, un pays qui cantonnerait un titre dans une platonique reconnaissance de droit non susceptible d'incarnation dans les faits violerait l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme⁽²⁹⁾. « Vainement eût-on établi les lois qui fixent les droits et les devoirs du citoyen, institué l'autorité chargée d'en faire l'application, et prescrit la procédure pour obtenir celle-ci, si le législateur n'avait réglé la manière d'exécuter les jugements et les actes authentiques », écrivaient d'éminents processualistes au début du 19^e siècle⁽³⁰⁾. La haute juridiction de Strasbourg leur rend honneur en érigeant le droit à l'exécution en garantie du procès équitable⁽³¹⁾, quel que soit le titre révélant la créance, jugement ou acte notarié.

(27) « En bouleversant la composition des patrimoines, le phénomène de dématérialisation eut des répercussions sur des mécanismes conçus autour du droit de propriété. Dans l'intérêt des créanciers de ces patrimoines, la propagation de l'immatériel fut admise. Le pragmatisme des voies d'exécution engagea le mouvement dont profite aujourd'hui le droit des procédures collectives » (A. PELISSIER, *Possession et meubles incorporels*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2001, pp. 11 et 12, n^{os} 16 et 17).

(28) Voy. J. PRÉVAULT, « L'évolution de l'exécution forcée en droit français », *Droit et procédures*, 2001, n^o 2, pp. 72 et s.

(29) On se limitera ici à citer parmi d'autres décisions de la Cour de Strasbourg l'arrêt *Hornsby c. Grèce* du 19 mars 1997 (Cour eur.D.H., 19 mars 1997, *Rec.*, 1997, p. 495, D., 1998, Jur., p. 74, note N. FRICERO, *Rev. trim. dr. civ.*, 1997, p. 1009, J.C.P., 1997, II, n^o 22.949, avec note O. DUGRIP et Fr. SUDRE) ; on sait que la jurisprudence de la Cour a progressivement délaissé le délai raisonnable comme fondement de ce droit à l'exécution pour ériger en prérogative substantielle la concrétisation d'une décision de justice ; voy. sur cette évolution P. YESSIOU-FALTSI, « Le droit de l'exécution selon la Cour européenne des droits de l'homme : analyse et prospective », in *Nouveaux droits dans un nouvel espace européen de justice : le droit processuel et le droit de l'exécution*, Éditions juridiques et techniques, Collection Passerelle, 2002, pp. 195 et s. ; R. DUJARDIN, « L'exécution de décisions judiciaires et la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (art. 6.1) », *L'huissier de justice*, 2000, n^o 00/2.701, pp. 41 et s. ; E. KRINGS, « Le délai raisonnable à la lumière de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Vers un droit substantiel à l'exécution des décisions de justice », in *L'efficacité de la justice civile en Europe*, ouvrage cité, pp. 219 et s. ; R. PERROT, « L'efficacité des procédures judiciaires au sein de l'Union européenne et les garanties des droits de la défense », *ibid.*, pp. 417 et s., sp. pp. 428 à 435, n^{os} 12 à 16 ; M.-Th. CAUPAIN, « Introduction : rien ne sera jamais plus comme avant », in *L'huissier de justice en Europe — Le choix de l'avenir*, Chambre nationale des huissiers de justice éd., Intersentia, 2001, pp. 1 et s., sp. pp. 3 à 9.

(30) CARRE et CHAUVEAU, t. IV, p. 325, cités par Ch. van REEPINGHEN, *Rapport fait au Sénat sur le projet de Code judiciaire*, Bruylant, 1967, p. 494 ; adde A. FETTWEIS, Préface à G. de LEVAL, *La saisie-arrêt*, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de l'Université de Liège, 1976, p. 9 et G. de LEVAL, *Traité des saisies*, op. cit., pp. 6 et 7, n^o 3.A.

(31) J. van COMPERNOLLE, « Le droit à l'exécution : une nouvelle garantie du procès équitable », in *Le droit processuel et judiciaire européen*, La Charte, 2003, pp. 475 et s. ; voy. ég. J. NORMAND, « L'émergence d'un droit européen de l'exécution ? », in *Mélanges Jacques van Compernelle*, Bruylant, 2004, pp. 445 et s.

5. Prise en considération des connexions juridiques avec autrui. Nonobstant leur importance dans notre système juridique, les prérogatives conférées au créancier par le droit de l'exécution ne le prémunissent pas contre les « aléas qui pourraient affecter la consistance du patrimoine du débiteur, dont il subira les vicissitudes »⁽³²⁾. Parmi ces aléas, on pense, bien sûr, à l'aliénation pure et simple d'un bien. Cette disparition provoquera parfois, en contrepartie, l'apparition d'une autre valeur patrimoniale, mais celle-ci s'avèrera peut-être plus évanescence que ne l'était le bien aliéné. À côté de cette hypothèse très simple, l'expérience quotidienne révèle que de nombreux biens se trouvent au cœur de relations juridiques diverses qui, sans les soustraire purement et simplement du patrimoine d'un débiteur, en affectent néanmoins, peu ou prou, la disponibilité⁽³³⁾.

Les exemples de situations auxquelles sont confrontés les créanciers foisonnent : une œuvre d'art se trouve en état d'indivision ; deux personnes composant un ménage de fait achètent ensemble un immeuble et le placent sous pacte tontinier ; une maison est donnée en location ; une voiture fait l'objet d'un contrat de leasing ; la vente d'une machine est assortie d'une clause de réserve de propriété. Lorsqu'ils sont l'objet de poursuites en vue d'un recouvrement forcé, les meubles incorporels ne sont pas en reste ; telle créance saisie reste inexécutée par le tiers débiteur ou a fait l'objet d'un engagement au profit d'un autre créancier ; un compte bancaire recèle des fonds individualisés affectés à une destination particulière ; les fonds déposés sur un autre compte ouvert conjointement par un couple proviennent essentiellement de la fortune personnelle d'un des partenaires, etc. Il importe donc de déterminer dans quelle mesure cette disponibilité atténuée de certains biens en obère l'appréhension par les créanciers.

6. Intérêt de la présente recherche. Les avoirs bancaires représentent une importance non négligeable au sein du patrimoine incorporel des

(32) Fr. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, op. cit., p. 23, n° 25 ; E. DIRIX, « Commentaire Art. 7 L.H. », in *Privilèges et hypothèques*, Kluwer, 1998, pp. 6 et 7, n°s 6 et 7 ; C. GUELFUCCI-THIBIERGE, « De l'élargissement de la notion de partie au contrat... à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif », *Rev. trim. dr. civ.*, 1994, pp. 275 et s., sp. p. 284, n° 35 : « [les créanciers chirographaires] ne disposent que d'un droit de gage général sur le patrimoine de leur débiteur ; par conséquent, les contrats conclus par celui-ci qui en modifient la consistance, produisent des répercussions sur l'assiette de leur droit ; ils leur nuisent ou leur profitent au sens courant du terme, mais non pas au sens juridique et technique de l'article 1165 du Code civil ».

(33) Voy. R. PERROT et Ph. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, op. cit., p. 148, n° 133 : « Pour être valable, une saisie ne peut porter que sur les biens qui appartiennent au débiteur ; et dans cette mesure, encore faut-il que le débiteur en ait la disponibilité, sauf à préciser l'exacte portée de certaines indisponibilités » ; à propos de l'indisponibilité, MM. Donnier écrivent : « L'indisponibilité d'un bien est une notion abstraite et subjective qui est indépendante de la nature de ce bien et de son usage. Elle postule que le bien en question échappe au pouvoir de la liberté individuelle, par interdiction ou par restriction du droit d'en disposer. Elle entraîne donc l'insaisissabilité de ce bien par voie de conséquence (insaisissabilité réflexe ou indirecte) » (M. et J.-B. DONNIER, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, op. cit., pp. 77 et 78, n° 231).

personnes physiques ou morales⁽³⁴⁾. Dès lors, tout en étant régie, dans notre pays du moins⁽³⁵⁾, par le droit commun du Code judiciaire⁽³⁶⁾, la saisie-arrêt entre les mains des banques présente un intérêt particulier à deux points de vue, qualitatif et quantitatif.

7. Importance de la valeur patrimoniale en jeu. Le second aspect n'exige pas de longues explications. Le constat séculaire, selon lequel le commerce de l'argent est au cœur du droit bancaire⁽³⁷⁾, ne peut naturellement laisser indifférent le droit de l'exécution. Aux termes de l'article 1^{er} de la loi du 22 mars 1993, les établissements de crédit, *stricto sensu*⁽³⁸⁾, sont les entreprises belges ou étrangères dont l'activité consiste à recevoir du public des dépôts d'argent ou d'autres fonds remboursables et à octroyer des crédits pour leur propre compte. L'article 4 de la même loi octroie d'ailleurs à ces établissements de crédit un monopole pour l'appel au public en vue de recevoir pareils dépôts⁽³⁹⁾. Par leur rôle de vecteurs de circulation de la monnaie scripturale, les établissements de crédit sont donc les débiteurs potentiels d'une très grande majorité de la population belge. Au 30 juin 2003, selon les données communiquées par l'Association belge des banques et des sociétés de bourse, le montant total des dépôts de la clientèle s'élevait à 441,7 milliards d'euros, dont 105,2 milliards sous la forme de dépôts à vue et 256,2 milliards sous celle de dépôts à terme et de dépôts d'épargne réglementés⁽⁴⁰⁾.

(34) J.-M. DELLECI, « La saisie européenne des avoirs bancaires », in *L'aménagement du droit de l'exécution dans l'espace communautaire — Bientôt les premiers instruments*, Éditions juridiques et techniques, Collection Passerelle, 2003, pp. 261 et s., sp. p. 262.

(35) En France, si la saisie attribution s'applique incontestablement aux comptes bancaires (Chr. GAVALDA et J. SOUFFLET, *Droit bancaire*, Litec, 4^e éd., 1999, p. 133, n° 272), il existe des dispositions particulières à la saisie entre les mains des établissements de crédit : voy. l'article 47 de la loi du 9 juillet 1991 et les articles 44 à 47-1 et 73 à 79 du décret du 31 juillet 1992.

(36) R.P.D.B., Compl. VIII, v° Saisie-arrêt bancaire, Bruylant, 1995, pp. 798 et s., sp. p. 807, n° 1 ; G. de LEVAL, *Traité des saisies*, op. cit., p. 613, n° 1.

(37) Th. BONNEAU, *Droit bancaire*, 5^e éd., Montchrestien, 2003, p. 5, n° 1.

(38) La précision s'impose désormais en raison de l'entrée en vigueur de la loi du 25 février 2003 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit (M.B., 7 mars 2003) ; sont désormais définies comme établissements de crédit « les entreprises belges ou étrangères : 1° dont l'activité consiste à recevoir du public des dépôts d'argent ou d'autres fonds remboursables et à octroyer des crédits pour leur propre compte, ou 2° dont l'activité consiste à émettre des instruments de paiement sous la forme de monnaie électronique » ; l'article 1^{er} de la loi du 22 mars 1993, ainsi modifié, souligne cependant immédiatement le caractère quelque peu superficiel de cette distinction en ajoutant que : « Aux fins de la présente loi, les établissements de crédit ayant pour seule activité celle visée à l'alinéa 2, 2°, sont qualifiés d'établissements de monnaie électronique ».

(39) Il convient de réserver les dérogations visées à l'article 4, alinéa 2, de la loi du 22 mars 1993 ; l'examen de ces exceptions n'intéresse pas notre propos.

(40) Rapport annuel de l'Association belge des banques, 2004, p. 51 ; ce rapport peut être consulté et téléchargé sur le site www.abb-bvb.be ; le solde du montant total des dépôts de la clientèle consiste essentiellement en des certificats de dépôts et en bons de caisse et obligations ; *adde* les chiffres cités par E. WYMEERSCH, « Aspects juridiques de certains nouveaux moyens de paiement », *Rev. Banque*, 1995, pp. 17 et s., sp. n° 1 et A. BRUYNEEL, « Opérations de banque et droit de la consommation (Quelques réflexions en fin de siècle) », in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruylant, 2000, pp. 343 et s., sp. p. 349, n° 5.

Au-delà des interventions législatives qui ont peu ou prou incité à l'usage de la monnaie scripturale⁽⁴¹⁾, l'évolution des comportements a révélé l'ampleur et la singularité du rôle des organismes de crédit. La disposition d'un compte bancaire est *de facto* devenue indispensable⁽⁴²⁾. Les milieux bancaires n'étaient pas restés indifférents à cette situation et avaient signé, en 1996, une charte relative à un service bancaire de base⁽⁴³⁾. Le législateur a pris le relais, tout d'abord en imposant à la Poste, via son contrat de gestion, l'obligation d'ouvrir un compte sans facilité de caisse à toute personne âgée d'au moins 12 ans⁽⁴⁴⁾. Plus fondamentalement, une loi instaurant un service bancaire de base a été promulguée le 24 mars 2003⁽⁴⁵⁾. Par ailleurs, des mesures de protection des dépôts ont été prises afin de pallier dans une certaine mesure la déperdition de ces avoirs consécutive à la défaillance d'établissements de cré-

(41) Voy. ainsi l'article 5 de la loi du 12 avril 1965 relative à la protection de la rémunération des travailleurs, l'arrêté royal n° 56 du 10 novembre 1967 favorisant l'usage de la monnaie scripturale et l'article 16 de la loi du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire ; à la question de savoir si un créancier peut être contraint d'accepter l'usage de monnaie scripturale, il est traditionnellement répondu par la négative, ce type de monnaie n'ayant ni cours forcé ni cours légal (P. VAN OMMESLAGHE, « Le paiement : rapport introductif », *Rev. dr. U.L.B.*, 1993-2, vol. 8, pp. 9 et s., sp. p. 25, n° 11 ; voy. ég. R. STEENNOT, *Elektronisch betalingsverkeer — Een toepassing van de klassieke principes*, Intersentia, 2002, sp. pp. 218 à 224, n°s 315 à 324) ; nous examinerons si cette absence de cours est dirimante de la reconnaissance d'un processus monétaire (*infra*, n°s 161 et s.).

(42) « Les services financiers sont à considérer comme des services d'intérêt général, services qui se doivent d'être prestés par les producteurs à l'ensemble de la population, à l'instar de la distribution d'énergie, d'eau ou des services de télécommunication et selon les principes suivants : l'égalité de tous les citoyens en termes d'accès ; l'universalité ; la continuité et la régularité ; la participation et l'information des utilisateurs, ainsi que le contrôle démocratique des prestataires ; le droit des utilisateurs à des prestations efficaces et répondant aux besoins sociaux rencontrés ; la soumission des prestations à des normes de qualité ; l'évaluation régulière des prestations aux fins de leur adaptation à l'évolution des besoins collectifs et des progrès technologiques » (Proposition de loi instaurant un service universel bancaire, *Doc. parl.*, Ch. repr., n° 50-1370/1, p. 6).

(43) Charte relative à un service bancaire de base, relatée in *Rev. Banque*, 1997, pp. 595 et s. ; les milieux bancaires et consommateurs ont divergé quant à l'effectivité de cet instrument non contraignant (voy. à ce propos les auditions lors de l'examen de la proposition de loi instaurant un service universel bancaire (*Doc. parl.*, Ch. repr., n° 50-1370/10, sp. pp. 31 à 32, 42, 44 à 45 et 49 à 51)).

(44) Voy. le troisième contrat de gestion conclu entre l'État fédéral et La Poste (article 5 de l'A.R. du 4 septembre 2002 portant approbation du troisième contrat de gestion conclu entre La Poste et l'État, *M.B.*, 24 sept. 2002, 2^e éd.) ; l'ouverture d'un compte sans facilité de caisse, offrant un service minimal (virements, domiciliations, ordres permanents, carte de débit) y était garanti, sur présentation d'une carte d'identité, à toute personne ayant atteint l'âge de 12 ans ; le quatrième contrat de gestion conclu entre La Poste et l'État, approuvé par un arrêté royal du 13 décembre 2005 (*M.B.*, 20 déc. 2005, 2^e éd.) décrit, en ses articles 3 et 4, les « tâches et prestations de nature financière » qui incombent à l'entreprise ; remarquons qu'il est désormais fait référence, entre autres, au service bancaire de base.

(45) Loi du 24 mars 2003 instaurant un service bancaire de base (*M.B.*, 15 mai 2003, 2^e éd.) ; cette loi a pour origine une proposition de loi instaurant un service universel bancaire, déposée par Mme K. Lalieux (Proposition de loi instaurant un service universel bancaire, *Doc. parl.*, Ch. repr., n° 50-1370/1) ; voy. spéc., à propos de cette initiative parlementaire, le rapport fait au nom de la commission de l'Économie, de la Politique scientifique, de l'Éducation, des Institutions scientifiques et culturelles nationales, des Classes moyennes et de l'Agriculture de la Chambre des représentants, par Mme Muriel Gerkens (*Doc. parl.*, Ch. repr., n° 50-1370/10).

dit ⁽⁴⁶⁾. Enfin, les milieux bancaires ne cachent pas leur souhait de voir de plus en plus réduit l'usage de la monnaie fiduciaire, en raison du coût inhérent au traitement de celle-ci ⁽⁴⁷⁾.

8. Spécificités juridiques. Ainsi, à n'en pas douter, l'appréhension de l'avoir scriptural, richesse exceptionnelle par son montant, ne peut être négligée par le droit de l'exécution. Tel n'est pas le seul intérêt de notre recherche, qui se justifie également par les particularités purement juridiques de son objet. Une première singularité découle directement de cette importance prise par la monnaie scripturale. Pareil développement impose la mise en place de systèmes intégrés de paiement dont le fonctionnement est tributaire de contraintes et de principes qui doivent, écrit-on, s'imposer à ses bénéficiaires ⁽⁴⁸⁾. La question se pose de savoir dans quelle mesure ces mécanismes complexes peuvent induire des obligations dans le chef des usagers bancaires. De plus, la nature et le régime de l'avoir en compte suscite depuis longtemps la curiosité du juriste. Faut-il que ce dernier rejoigne l'économiste pour y déceler une véritable manifestation monétaire ? En tout état de cause, au regard de ses spécificités, cette richesse ne mérite-t-elle pas un traitement particulier ?

Cela n'est évidemment pas tout. Le droit bancaire, formé des « règles fixant le statut des entreprises qui se livrent au « commerce de l'argent » et de celles applicables à leur activité » ⁽⁴⁹⁾, voit ses deux objets d'investigation très irrégulièrement réglementés par les normes étatiques, ce qui constitue une autre particularité de la matière. Alors que le statut bancaire fait l'objet, pour d'évidentes et majeures raisons économiques, d'une réglementation serrée, en grande partie d'inspiration européenne, les relations entre les banques et leurs clients sont largement laissées à l'empire de la liberté contractuelle ⁽⁵⁰⁾. Pareil constat est seulement

(46) Voy. la loi du 17 décembre 1998 créant un Fonds de protection des dépôts et des instruments financiers et réorganisant les systèmes de protection des dépôts et des instruments financiers et les développements que nous y consacrons (*infra*, nos 141 et 142).

(47) « Il a entre autres été convenu...que chaque association bancaire nationale tentera de définir un plan national pour la monnaie fiduciaire dont l'objectif principal sera de réduire le niveau des espèces en circulation et les coûts qui en découlent pour les banques » (*La banque dans la société*, Rapport annuel de l'Association belge des banques, 2003, p. 19 ; *adde* Rapport 2004 de l'Association belge des banques, *op. cit.*, pp. 27 et 28) ; voy. ég. l'« info-presse » de la Fédération Financière Belge, intitulé « Cartes de paiement plus efficaces que les espèces en termes de coûts », disponible sur www.abbbvb.be, ainsi que la référence au slogan « Kill the cash » exprimée récemment par un représentant de la S.A. Banksys (La Libre Belgique du 20 décembre 2005).

(48) J.-Fr. ROMAIN, « Éléments de réflexion au sujet des principes applicables dans les systèmes de paiement intégrés (virements, chèques, cartes, etc.) en droit bancaire privé », in *Liber Amicorum Lucien Simont*, Bruylant, 2002, pp. 833 et s.

(49) Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, *Droit bancaire*, Litec, 1999, 4^e éd., p. 1, n° 1.

(50) J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, 2^e éd., t. IV, Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 302, n° 417 ; M. Winandy explique la particulière complexité de la matière des comptes en banques entre autres par le fait que la majeure partie d'entre eux « ne sont pas des conventions réglementées par le Code civil ou par des lois particulières » (Ch.-Gh. WINANDY, *Droit bancaire — Notes de cours destinées à la troisième licence en droit de l'ULg, Opérations bancaires de base*, p. 2) ; voy. ég. E. WYMEERSCH, « Aspects juridiques de certains nouveaux moyens de paiement », *op. cit.*, p. 19, n° 6.

nuancé, pour ce qui concerne notre propos, par la promulgation récente de législations d'inspiration consumériste⁽⁵¹⁾, même si l'on a pu parler d'un « véritable assiègement » du droit bancaire par le droit de la consommation, déduit ou non de la construction européenne⁽⁵²⁾.

Eu égard à cette situation, les établissements de crédit n'ont pas manqué d'élaborer des conventions extrêmement précises pour régir les rapports juridiques avec leurs clients⁽⁵³⁾. L'importance des obligations déduites de ces contrats d'adhésion ont naturellement attiré l'attention de la doctrine sur les conditions de leur entrée dans le champ contractuel des parties⁽⁵⁴⁾. L'opposabilité de ces conventions aux tiers est une autre question. De façon plus ou moins franche en effet, certaines clauses entendent réserver à l'organisme de crédit une position avantageuse par rapport aux autres créanciers du titulaire du compte⁽⁵⁵⁾. Aussi l'examen des saisies dites bancaires est-il particulièrement instructif du rayonnement des conventions juridiques vis-à-vis des tiers, dont nous avons souligné dans un précédent paragraphe la nécessaire prise en considération.

(51) Voy. ainsi la loi du 10 juillet 1997 relative aux dates de valeur des opérations bancaires, la loi du 14 juillet 1998 portant obligation d'information quant aux intérêts débiteurs dus sur les comptes ouverts auprès des établissements de crédit ou d'autres personnes morales (telle que modifiée par la loi du 23 mars 1999), la loi du 9 janvier 2000 relative aux virements d'argent transfrontaliers, la loi du 17 juillet 2002 relative aux opérations effectuées au moyen d'instruments de transfert électronique de fonds et les articles 83bis à 83octies de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, tels qu'insérés par la loi du 24 août 2005 visant à transposer certaines dispositions de la directive services financiers à distance et de la directive vie privée et communications électroniques (M.B., 31 août 2005).

(52) A. BRUYNEEL, « Opérations de banque et droit de la consommation (Quelques réflexions en fin de siècle) », in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruylant, 2000, pp. 343 et s., sp. p. 344, n° 1 ; pour une opinion très critique à l'égard de ce phénomène, voy. C. BOURIN, « Les mille et un commandements du banquier ou les effets pervers de la (sur)protection du consommateur », in *Droit bancaire et financier au Luxembourg*, vol. 2, Larcier, 2004, pp. 505 et s.

(53) L'intervention du législateur serait même, selon certains, peu souhaitable, « la loi étant souvent un frein à l'adaptation des pratiques aux techniques nouvelles » (Ch.-Gh. WINANDY, « Contribution à l'étude sur la nature juridique du virement », *Dr. banc. fin.*, 2002, pp. 187 et s., sp. p. 193, n° 26, note n° 23).

(54) Sur cette question, voy. E. WYMEERSCH, M. DAMBRE, et K. TROCH, « Overzicht van rechtspraak — Privaat Bankrecht 1992-1998 » *T.P.R.*, 1999, pp. 1179 et s., sp. pp. 1973 à 1975, n°s 271 à 274, ainsi que les références citées ; depuis lors, M. Steennot a consacré la première partie de sa thèse de doctorat à l'examen de la question des contrats d'adhésion dans les paiements électroniques (R. STEENNOT, *Elektronische betalingsverkeer — Een toepassing van de klassieke principes*, op. cit., pp. 21 à 90) ; voy. ég. R. SMITS, S. STIJNS et K. VANDERSCHOT, « Algemene bankvoorwaarden », in *Bankcontracten*, Die Keure, 2004, pp. 1 et s.

(55) Voy. ainsi J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, op. cit., p. 302, n° 417 : « Le banquier court des risques graves puisqu'il est exposé à l'insolvabilité de ses débiteurs tout en devant rembourser à première demande ou à très court terme ses propres dettes. Il s'est donc efforcé de créer des mécanismes susceptibles de concilier le devoir de ménager les fonds de ses déposants et le souci d'apporter aux entreprises les concours financiers dont elles ont besoin. Mais ces mécanismes lui ont parfois procuré une situation privilégiée à l'égard des créanciers chirographaires d'un débiteur tombé en faillite, ce qui a paru inadmissible à une partie de la doctrine et de la jurisprudence... » ; adde C. HOUSSA, « La saisie-arrêt en matière bancaire », in *Droit de l'exécution*, Formation permanente C.U.P., vol. XVIII, 1997, pp. 53 et s., sp. p. 61 : « L'efficacité de la saisie-arrêt sur les comptes se heurte à un autre obstacle de taille : les diverses conventions conclues entre le débiteur saisi et son banquier, lesquelles constituent en réalité des garanties pour ce dernier d'être payé avant tous les autres créanciers saisissants éventuels ».

De plus, à l'occasion de la récente transposition d'une directive européenne, le législateur belge a estimé judicieux de permettre aux établissements de crédit de se prévaloir, semble-t-il, de la compensation entre leurs créances et leurs dettes à des conditions particulièrement assouplies, et ce au détriment des droits des autres créanciers. La réforme consacrée par la loi du 15 décembre 2004 mérite à cet égard un examen minutieux.

Un autre problème se pose, tenant à la visibilité réduite des avoirs bancaires. Une certaine transparence patrimoniale est souhaitée dans de nombreux travaux internationaux mais n'est certainement pas de droit positif dans tous les États européens⁽⁵⁶⁾. Il ne s'agit d'ailleurs pas de la seule question touchant au droit international. On constate en effet que la mondialisation des échanges n'a pas été suivie par une adaptation du droit du recouvrement. Le caractère transnational des procédures d'exécution, qu'elles soient individuelles ou collectives, est une question d'une brûlante actualité.

Ainsi, de toute évidence, des difficultés se dressent sur le chemin du créancier qui entend exercer son droit de poursuite sur les actifs bancaires de son débiteur, de sorte que nous paraissent devoir être nuancés les propos d'éminents auteurs, selon lesquels la saisie entre les mains d'une banque serait un des cas les plus fréquents de saisie-arrêt⁽⁵⁷⁾. Nous craignons qu'en réalité, le nombre de saisies de la monnaie scripturale soit marginal par rapport à l'importance de cette dernière⁽⁵⁸⁾.

Dès lors, si l'on veut éviter le « placement bancaire aux fins d'insaisissabilité »⁽⁵⁹⁾, les obstacles posés à un recouvrement équilibré, mais efficace, doivent être répertoriés, analysés et, dans une nécessaire mesure ; surmontés. Tel est l'objet de la présente recherche, qui n'a retenu l'attention du législateur que de façon minimaliste⁽⁶⁰⁾. On cons-

(56) Voy. E. LEROY, « L'efficacité des procédures judiciaires au sein de l'Union européenne et les garanties des droits de défense — Transparence patrimoniale », in *L'efficacité de la justice civile en Europe*, Actes du colloque tenu à Lisbonne les 14, 15 et 16 janvier 1999, Larcier, 2000, pp. 271 et s. ; R. PERROT, « L'efficacité des procédures judiciaires au sein de l'Union européenne et les garanties des droits de la défense », même ouvrage, pp. 415 et s., sp. pp. 430 à 432, n° 14.

(57) E. DIRIX et K. BROECKX, *Beslag*, Kluwer, Story-Scientia, 2001, p. 413, n° 709.

(58) Selon des chiffres officiels qui nous ont très aimablement été communiqués par un huissier de justice, durant l'année 2004, deux des plus importants établissements de crédit de Belgique se seraient vu signifier respectivement 1 781 et 1 565 exploits de saisie-arrêt ; le deuxième établissement a par ailleurs reçu 7 382 saisies fiscales adressées par simple pli recommandé ; intuitivement, de telles données posent question, d'une part, quant à l'effet peut-être dissuasif du coût de la saisie-arrêt ordinaire, qui nécessite deux interventions de l'huissier, et ce pour un résultat aléatoire, d'autre part, quant aux informations patrimoniales dont dispose le fisc par rapport aux autres créanciers.

(59) La formule est empruntée à E. PUTMAN, obs. sous Paris (8^e ch. B), 5 déc. 2002, *Droit et procédures*, 2003, n° 3, pp. 178 et s.

(60) E. DIRIX, « Verhaalsrechten op schuldvorderingen », in *Liber amicorum Marcel Briers*, Mys & Breesch, 1993, pp. 149 et s., sp. p. 149, n° 1 : « Ook wordt door de wetgever te weinig aandacht besteed aan de diverse problemen die kunnen rijzen bij bepaalde vormen van derdenbeslag ».

tatera d'ailleurs que ses rares interventions ont pour effet, directement ou indirectement, de contrarier la saisie de la monnaie scripturale.

9. Délimitation du sujet. Eu égard aux intéressantes particularités relevées ci-dessus, notre recherche s'est donné pour objet la saisie, par un créancier, de la richesse déposée par son débiteur sur un compte bancaire. Nous serons naturellement amené à définir cette notion. Il nous faut cependant d'ores et déjà signaler qu'afin de contenir nos travaux dans une proportion raisonnable, nous ne consacrerons pas de développements à la saisie du compte-titres, version moderne du portefeuille d'actions et de parts. Sans nier l'importance et l'intérêt de l'étude des poursuites ayant un tel objet, nous devons constater que le compte-titres ne connaît pas la généralisation du compte bancaire, support de la monnaie scripturale. D'autres précisions s'imposent encore à l'orée de notre travail, afin d'en fixer les limites exactes.

Tout d'abord, la présente thèse n'est pas une étude de droit comparé. S'il est parfois fait référence au droit français, c'est en raison de l'étroite parenté qui le lie au droit belge. Tel est particulièrement le cas du droit des obligations et, dans une mesure moindre, du droit des sûretés, qui, tous deux, influencent grandement le droit de l'exécution. Les instruments de droit européen que nous examinerons font naturellement partie de notre droit positif. Telle suggestion ponctuelle, justifiée par une carence ou une insuffisance du droit belge, appellera naturellement une inspiration étrangère. Enfin, par la force des choses, le contexte transnational du recouvrement appelle quelques développements non exclusivement domestiques.

Ensuite, nous n'étudierons pas le phénomène de l'endettement en lui-même⁽⁶¹⁾, mais sa sanction par la procédure individuelle qu'est la saisie. Il serait par contre illusoire et de surcroît peu fécond d'isoler le recouvrement individuel des procédures collectives. Ces dernières, qui suscitent depuis longtemps un abondant contentieux et d'importantes contributions doctrinales, offrent au droit des saisies des techniques et solutions qu'il peut leur emprunter, le cas échéant au prix d'une certaine adaptation, que la perspective soit interne ou internationale⁽⁶²⁾. La

(61) Voy. sur ce thème l'ouvrage collectif *L'endettement*, L.G.D.J., Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture française, t. XLVI, 1995, ainsi que les pénétrantes réflexions de A. REYGROBELLET, « Essai sur le concept juridique d'endettement des entreprises », *Rev. trim. dr. comm.*, 2001, pp. 315 et s. ; voy. ég. *La prévention de la défaillance de paiement*, Actes du 2^e congrès Sanguinetti 1998, Larcier, 2000.

(62) Dans un arrêt du 1^{er} février 2002, la Cour de cassation a décidé que la faillite n'est pas une procédure de recouvrement et qu'elle peut dès lors être sollicitée en justice par un fonctionnaire autre que le receveur de la T.V.A., à qui la loi réserve la compétence exclusive pour prendre les mesures destinées au recouvrement de l'impôt (Cass. (1^{re} ch.), 1^{er} févr. 2002, *Pas.*, 2002, I, p. 316, *J.L.M.B.*, 2002, p. 817 ; *adde* Rapport annuel de la Cour de cassation de Belgique, 2001-2002, sp. pp. 49 et 50) ; cet arrêt ne nous paraît cependant pas de nature à interdire la comparaison entre la saisie-arrêt d'une part

preuve en est que la meilleure doctrine regrette à l'occasion la singularité de solutions divergentes entre droit des saisies et droit de la faillite ⁽⁶³⁾. À cet égard, notre démarche est complémentaire à celle adoptée par une récente thèse française, qui propose une reconstruction du droit de la faillite au départ de l'effet réel de la procédure collective, défini comme « l'effet de saisie de l'ensemble des biens du débiteur par ses créanciers » ⁽⁶⁴⁾.

Enfin, l'exécution forcée qui retiendra notre attention dans les pages qui suivent est celle des obligations civiles. Partant, les saisies et confiscations pénales, ainsi, plus généralement, que la lutte contre le blanchiment d'argent ne seront pas étudiées ici.

10. Plan. Dans un souci essentiellement pédagogique ⁽⁶⁵⁾, notre recherche sera divisée en deux parties. L'examen du droit commun de la saisie-arrêt précède celui du régime particulier à la saisie des comptes bancaires. Une étude approfondie de l'objet et des effets de la saisie-arrêt nous a paru nécessaire pour plusieurs raisons. En premier lieu, comme nous l'avons déjà annoncé, le droit belge ne connaît que très peu de dispositions spécifiques à la saisie des comptes. Ensuite, les principes et équilibres arbitrés par le droit de l'insolvabilité, dont fait partie la saisie-arrêt, ont récemment été remis en question par la doctrine, la jurisprudence et le législateur. Cette évolution mérite une analyse. Enfin, de façon plus générale, la comparaison entre le droit commun et le droit spécial s'avère féconde pour expliquer les rapports de force que traduit le droit positif, comme l'a constaté l'auteur d'une thèse récente ⁽⁶⁶⁾.

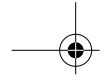
et les procédures collectives d'autre part ; sur les liens entre ces matières, voy. B. HESS, « La procédure d'arrêt (saisie des comptes bancaires) en droit allemand », in *L'aménagement du droit de l'exécution dans l'espace communautaire — Bientôt les premiers instruments*, Éditions juridiques et techniques, Collection Passerelle, 2003, pp. 223 et s., sp. p. 247 ; G. CUNIBERTI, *Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 341, 2000, pp. 52 à 54, n^{os} 62 et 63, sp. p. 52, où l'auteur écrit : « Le droit des entreprises en difficulté reste un ensemble de règles ayant pour but de forcer le débiteur à payer ses créanciers... En pratique encore plus qu'en théorie, c'est de procédures collectives d'exécution forcée qu'il s'agit... Cet ensemble de paiements, en second lieu, sera effectué par les organes de la procédure, que le débiteur le veuille ou non. À l'image d'une procédure civile d'exécution, il y aura donc satisfaction du créancier [...] et contrainte exercée par un organe public » ; *adde* A. ZENNER, « La philosophie sous-jacente aux nouvelles lois sur l'insolvabilité ou la faillite à travers le monde », in *La prévention de la défaillance de paiement*, Actes du 2^e congrès Sanguinetti 1998, Larcier, 2000, pp. 73 et s.

(63) « Het is immer ongewenst dat voor het beslechten van de conflicten tussen het verhaalsrecht van schuldeisers en de rechten van derden, het faillissementsrecht en het beslagrecht uit de pas zouden lopen » (E. DIRIX, « Faillissement en lopende overeenkomsten », *R.W.*, 2003-2004, pp. 201 et s., sp. p. 209, n^o 23).

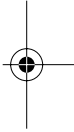
(64) M. SÉNÉCHAL, *L'effet réel de la procédure collective : essai sur la saisie collective du gage commun des créanciers*, Litec, Bibliothèque de droit de l'entreprise, 2002, sp. p. 7, n^o 4 et p. 11, n^o 5.

(65) Voy. à ce sujet M. VIVANT, « Le plan en deux parties ou de l'arpentage considéré comme un art », in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle — Études offertes à P. Catala*, Litec, 2001, pp. 969 et s. ; dans cette perspective pédagogique, nous avons construit nos développements selon le même schéma autant que faire se pouvait.

(66) E. CHVIKA, *Droit privé et procédures collectives*, Defrénois, Doctorat et notariat, Collection de thèses, 2003 ; sur les notions de droit commun et de droit spécial, leur relativité et l'impossibilité à les

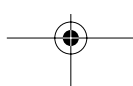


Construite autour de la même distinction entre objet et effets de la mesure de recouvrement, la seconde partie de notre recherche mettra en exergue les particularités de la saisie de la monnaie scripturale.



définir de façon autonome, voy. les précieuses considérations de l'auteur pp. 2 à 10, n^{os} 2 à 4, sp. p. 9, n^o 4 : « Il n'existe...pas de règle de droit commun 'dans l'absolu'. Par exemple, les dispositions du droit des procédures collectives forment un droit spécial en considération d'articles du Code civil, qui constituent le droit commun des contrats. Mais, ces mêmes dispositions spéciales peuvent être considérées comme instaurant un droit commun par rapport aux textes du droit bancaire et du droit des marchés financiers ».

LARCIER



PREMIÈRE PARTIE



OBJET ET EFFETS DE LA SAISIE-ARRÊT EN GÉNÉRAL

11. Dépendance du droit de l'exécution par rapport au droit substantiel. Le droit de l'exécution n'a guère d'autre choix que de prendre comme point de départ le régime des biens qui constituent le gage des créanciers⁽⁶⁷⁾ ; la loi tient ainsi compte de la « nature des biens dont il faut consommer la réalisation », comme l'écrivait Dodo en 1889⁽⁶⁸⁾. Le Code judiciaire ne déroge pas à la règle.

La saisie conservatoire de droit commun des meubles corporels est régie par les articles 1422 à 1428 du Code judiciaire, qui contient également des dispositions spécifiques à la saisie, d'une part, des biens

(67) R. PERROT et Ph. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, op. cit., p. 6, n° 3, à qui nous empruntons l'intitulé du présent paragraphe ; E. DIRIX, « Verhaalsrechten op schuldvorderingen », op. cit., p. 149, n° 1 ; G. de LEVAL, *Traité des saisies*, op. cit., n°s 6 et 40 ; J.-C. WOOG, « Le tiers saisi, Docteur Jekyll ou Mister Hyde ? », *Contr. conc. cons.*, 2002, pp. 11 et s., sp. p. 13 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VI, op. cit., p. 677, n° 745 ; A. WAHL, « Jurisprudence en matière de procédure civile », *Rev. trim. dr. civ.*, 1902, p. 696, n° 127 ; plus généralement même, « la consistance et la portée des pouvoirs que l'on a sur une chose dépendent nécessairement de la nature de cette chose, par exemple de sa nature corporelle ou incorporelle » (M. FABRE-MAGNAN, « Propriété, patrimoine et lien social », *Rev. trim. dr. civ.*, 1997, pp. 583 et s., sp. p. 589 et 590, n° 9).

(68) P. DODO, *Théorie et pratique de la saisie-arrêt*, Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1889, p. 1, n° 1 ; voy. ég. A. BRAAS, *Procédures d'ouverture des successions — Voies d'exécution — Procédures de distribution*, 2^e éd., Bruylant et Vaillant-Carmanne, 1953, p. 226, n° 337, J. VINCENT et J. PRÉVAULT, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, 15^e éd., Précis Dalloz, 1984, pp. 48 et 49, n°s 58 à 60.

garnissant des lieux loués, dénommée saisie-gagerie⁽⁶⁹⁾, et, d'autre part, des navires et bateaux (articles 1467 à 1480). Au stade de l'exécution, on recense la saisie-exécution mobilière de droit commun (articles 1499 à 1528), la saisie-brandon portant sur les récoltes (articles 1529 à 1538) et la saisie-exécution sur navires et bateaux (articles 1545 à 1559 C. jud.). La saisie conservatoire des immeubles est soumise aux dispositions particulières des articles 1422 à 1428 du Code judiciaire, mais les articles 1560 à 1626 du Code consacrés à la saisie-exécution immobilière peuvent être invoqués en tant que règles générales⁽⁷⁰⁾.

À côté de ces dispositions régissant les saisies des immeubles et des meubles corporels, le Code judiciaire régit celle de la saisie-arrêt dont le terrain d'élection est, selon les termes communs aux articles 1445 et 1539, « les sommes et effets » qu'un tiers doit à son débiteur.

12. Exclusion de la saisie-revendication. Il nous faut écarter d'emblée de notre propos une figure qui n'est proche qu'en apparence de la saisie-arrêt. Visée aux articles 1462 à 1466 du Code judiciaire, la saisie-revendication semble occuper, à tout le moins partiellement, un terrain identique à celui de la saisie-arrêt : ne s'agit-il pas également, aux termes de l'article 1462 du Code judiciaire, de saisir entre les mains d'un tiers un objet mobilier ?

En réalité, la saisie-revendication ne tend pas à assurer le paiement d'une créance de numéraire, trait caractéristique des saisies conservatoires et voies d'exécution⁽⁷¹⁾. Elle sert non pas un droit de créance, mais les rares droits de suite reconnus en matière mobilière⁽⁷²⁾ ; il s'agit la plupart du temps d'assurer la future récupération d'un meuble corpo-

(69) Voy. l'article 1461 du Code judiciaire ; pour un aperçu de cette saisie, voy. K. PITEUS, « Pandbeslag », *Huur*, 2004, pp. 2 à 5.

(70) Voy. l'article 1429 du Code judiciaire.

(71) G. de LEVAL, *Traité des saisies*, op. cit., p. 3, n° 1 ; des motifs identiques expliquent que la saisie en matière de contrefaçon (articles 1481 à 1488 C. jud.) n'est pas une véritable saisie, mais sanctionne la titularité de droits intellectuels.

(72) G. de LEVAL, *La saisie-arrêt*, op. cit., p. 39, n° 19 et « La saisie mobilière », in *Rép. not.*, t. XIII, L. III, Larcier, 1982, p. 95, n° 135, p. 99, n° 151 et p. 101, n° 161 ; M. d'HOORE, « Quelques aspects particuliers du droit des saisies », in *Les voies conservatoires et d'exécution — Bilan et perspectives*, Jeune Barreau de Bruxelles, 1982, pp. 313 et s., sp. pp. 320 à 323 ; M.-C. MATAGNE, « Saisie mobilière », *R.P.D.B.*, Compl. VIII, Bruylant, 1995, pp. 625 et s., sp. n° 85 ; plus précisément, ce dernier auteur considère que la saisie-revendication a pour but de « garantir un droit réel mobilier » (en ce sens ég. G. LÉGIER, « Saisies et mesures conservatoires », *Rép. proc. civ.*, Dalloz, 1995, p. 2, n° 1) ; la question de savoir si un privilège sur meubles, tel le privilège du bailleur, est ou non un droit réel reste cependant très controversée ; voy. sur ce point I. MOREAU-MARGRÈVE, « Du conflit entre un bailleur et un créancier gagiste sur fonds de commerce », note sous Cass. (1^{re} ch.), 11 juin 1982, *R.C.J.B.*, 1985, pp. 378 et s., sp. pp. 381 à 386 ; l'auteur estime la plus pertinente en droit positif belge la conception qui voit dans le privilège non un droit *in se* « mais la qualité d'un droit qui confère à celui-ci un rang spécifique de préférence ».

rel tantôt perdu ou volé⁽⁷³⁾, tantôt objet du privilège du bailleur visé à l'article 20, 1°, de la loi hypothécaire⁽⁷⁴⁾, tantôt impayé au préjudice du vendeur au comptant⁽⁷⁵⁾. Certes, exercée dans ces deux dernières hypothèses, la saisie-revendication sert *in fine* une créance en numéraire (les loyers ou le prix de vente impayés) mais son objet direct est la sauvegarde, sinon l'exercice même, d'un droit de suite mobilier.

13. Présence d'un rapport obligationnel entre le débiteur et le tiers. Revenons-en au texte de l'article 1445 du Code judiciaire. « Tout créancier peut [...] saisir-arrêter par huissier de justice, à titre conservatoire, entre les mains d'un tiers, les sommes et effets que celui-ci doit à son débiteur ». Ce texte s'inspire largement de l'article 557 du Code de procédure civile, promulgué le 24 avril 1806, qui disposait : « Tout créancier peut, en vertu de titres authentiques ou privés, saisir-arrêter entre les mains d'un tiers les sommes et effets appartenant à son débiteur, ou s'opposer à leur remise »⁽⁷⁶⁾. On a déduit de la différence de rédaction, tenant à l'évocation d'un rapport obligationnel en lieu et place de celle de la propriété, le signe d'une délimitation plus rigoureuse des champs d'application de la saisie mobilière et de la saisie-arrêt⁽⁷⁷⁾.

En effet, l'article 1503 du Code judiciaire, qui s'inscrit dans les dispositions régissant la saisie-exécution mobilière, prévoit expressément la figure de la saisie d'un bien meuble chez un tiers. Aux termes du premier alinéa de cette disposition, « la saisie peut être faite hors du domicile du débiteur et chez un tiers. Cette saisie est subordonnée à l'autorisation du juge, accordée sur requête présentée et signée par un avocat ou un huissier de justice ». Ainsi évoqué par une disposition insérée dans le chapitre du Code judiciaire relatif à la saisie-exécution mobi-

(73) La saisie-revendication concrétise ainsi la prérogative prévue à l'article 2279, alinéa 2, du Code civil ; on peut y recourir également pour mettre en œuvre une clause de réserve de propriété mais le recours à cette mesure est en principe facultatif, particulièrement lorsqu'il s'agit d'opposer la clause au curateur d'une faillite (voy. l'article 101, alinéa 3, de la loi du 8 août 1997, tel qu'interprété par la loi du 12 mars 2000 ; sur cette disposition, voy. Y. DUMON, « La loi du 8 août 1997 sur les faillites. Loi interprétative du 12 mars 2000 concernant l'article 101, alinéa 3, énonçant les modalités d'exercice du droit de revendication », *J.T.*, 2000, p. 556).

(74) À titre d'illustration, voy. Bruxelles (9^e ch.), 19 août 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1708 ; cet arrêt est également publié sous la date du 19 septembre 2002 in *R.D.J.P.*, 2003, p. 279 ; *adde* Anvers (5^e ch.), 27 juin 2002, *R.W.*, 2003-2004, p. 956, qui, dans une hypothèse où le déplacement des meubles avait été frauduleusement celé au bailleur, fait courir le délai de quinze jours prévu par l'article 20, 1°, de la loi hypothécaire, à partir de la connaissance qu'en a ce dernier.

(75) Cette prérogative, aussi surprenante dans sa nature juridique qu'inexistante en pratique, est prévue à l'article 20, 5°, alinéa 6, de la loi hypothécaire ; cf. à ce sujet F. GEORGES, « Les moyens de se prémunir contre la défaillance de ses cocontractants », *Act. dr.*, 1997, pp. 545 et s., sp. p. 557 et 558 et les références citées.

(76) Sous l'application de l'article 557 du Code de procédure civile, la doctrine admettait que le saisi soit seulement créancier (et non pas propriétaire) des effets et deniers (*R.P.D.B.*, t. XI, v° Saisie-arrêt, Bruylant et Librairie générale de droit, 1940, p. 553, n° 16).

(77) G. de LEVAL, *Traité des saisies, op. cit.*, p. 74, n° 41.

lière, ce mécanisme est également susceptible de se produire à un stade purement conservatoire en application de l'article 1424 du Code judiciaire. Un agencement s'impose donc entre les champs d'application respectifs de la saisie-arrêt d'un côté et de ce type particulier de saisie mobilière de l'autre.

Selon M. de Leval, « la saisie mobilière porte sur les meubles corporels qui sont en la possession du débiteur, c'est-à-dire sur lesquels il exerce la maîtrise même s'ils se trouvent en dehors de son domicile et chez un tiers [...] ; la saisie-arrêt est utilisée lorsqu'ils se trouvent légalement entre les mains d'un tiers tenu de les transférer ou de les restituer au débiteur. Tout dépend donc de la nature du lien juridique existant entre le tiers et le débiteur »⁽⁷⁸⁾. L'application traditionnelle de l'article 1503 du Code judiciaire est la saisie de biens se trouvant dans un coffre-fort⁽⁷⁹⁾ ; une telle saisie est d'ailleurs expressément visée par une autre disposition relative à la saisie mobilière et non à la saisie-arrêt⁽⁸⁰⁾, l'article 1505 du Code judiciaire.

Pareil partage des champs d'application de ces deux mesures de recouvrement paraît unanimement admis en droit belge. La doctrine néerlandophone insiste à juste titre sur la distinction qu'il y a lieu de faire entre la saisie-arrêt (*beslag onder derden*) et la saisie de meubles corporels formée ailleurs qu'au domicile du débiteur (*beslag bij derden*)⁽⁸¹⁾, visée à l'article 1503 du Code judiciaire et subordonnée à une autorisation spéciale du juge des saisies⁽⁸²⁾. Dans les pages qui suivent, l'approfondisse-

(78) *Ibid.*

(79) L'exemple classique du coffre-fort, déjà cité par Garsonnet (E. GARSONNET, *Traité élémentaire des voies d'exécution*, 6^e éd., Librairie de la société du Recueil Sirey, 1920, par L. JOSSE-RAND, p. 91, n° 91) et Cuhe (P. CUCHE, *Précis des voies d'exécution et des procédures de distribution*, par J. VINCENT, *op. cit.*, p. 95, n° 94) est repris depuis lors dans tous les traités (R.P.D.B., v° Saisie-arrêt, *op. cit.*, pp. 558 et 559, n° 78 ; G. de LEVAL, *Traité des saisies*, 1988, p. 75, n° 42 ; R.P.D.B., v° Saisie-arrêt bancaire, *op. cit.*, pp. 858 et 859, n°s 163 à 165 ; E. DIRIX et K. BROECKX, *Beslag*, *op. cit.*, p. 419, n° 719) ; sur la convention d'ouverture de coffre-fort, voy. B. TILLEMANN, « De Bankkluisovereenkomst », in *Bankcontracten*, Die Keure, 2004, pp. 521 et s.

(80) La solution est identique au Grand-Duché de Luxembourg en l'absence de texte spécifique (G. LOESCH et F. KREMER, « Le banquier face à la saisie-arrêt civile de droit commun », in *Droit bancaire et financier au Luxembourg*, vol. 2, Larcier, 2004, pp. 701 et s., sp. p. 719, n°s 22-28).

(81) Voy. la longue étude de H. JESPER, « Beslag onder derden of bij derden ? », in *Liber amicorum Marcel Briers*, Mys & Breesch, Gand, 1993, pp. 207 et s. ; adde E. DIRIX et K. BROECKX, *Beslag*, *op. cit.*, n°s 673, 677, 693 et 719 ; nous avouons ne pas bien comprendre leur recherche d'une signification propre au concept de saisie-arrêt sur les choses : « Heeft het derdenbeslag op 'zaken' dan geen eigen betekenis ? Toch wel. Namelijk indien de beslagene zelf geen eigenaar is van de goederen waarop de afgifteverplichting betrekking heeft. Men kan zich indenken dat schuldeisers in zo'n geval toch tot een beslag overgaan teneinde de aansprakelijkheid van de beslagene (t.o.v. de eigenaar) te voorkomen » (*ibid.*, n° 673).

(82) Voy. cep. Anvers, 29 avr. 2003, N.J.W., 2003, p. 1369, avec obs. K.B., où une telle autorisation préalable du juge des saisies n'avait pas été sollicitée ; constatant la confusion de patrimoines existant entre le débiteur saisi et le tiers, la cour d'appel d'Anvers refuse de sanctionner l'omission par l'octroi de dommages et intérêts ; l'annotateur approuve cette position, doctrine à l'appui : « Een beslag bij derde zonder voorafgaande toelating is enkel aanvaardbaar als dit eigenmachtig optreden door de omstandigheden noodzakelijk wordt gemaakt, zoals in het voorgaande arrest (zie ook E. DIRIX en K. BROECKX, A.P.R. tw. Beslag, Antwerpen, Kluwer, 2001, 353, nr. 595 e.v.) ».

ment de l'objet de la saisie-arrêt nous permettra, en considération de l'expérience française, d'apprécier la justesse de cette distinction ⁽⁸³⁾.

14. Saisie-arrêt : saisie de l'obligation ou saisie du meuble corporel ? Cette proximité apparente des terrains d'élection de la saisie mobilière et de la saisie-arrêt peut susciter une interrogation quant à l'objet *immédiat* de la saisie-arrêt. Un passage du *Traité élémentaire de droit civil belge* de De Page illustre cette réflexion. Sous l'empire du Code de procédure civile, commentant l'article 1242 du Code civil ⁽⁸⁴⁾, le savant auteur enseignait que la saisie-arrêt a pour objet d'atteindre les éléments du patrimoine du débiteur qui ne sont pas en sa possession mais se trouvent entre les mains de tiers ⁽⁸⁵⁾. Au-delà de cette allusion à un bien hors d'emprise du débiteur, nul ne conteste la valeur économique du droit personnel : comme nous l'avons souligné dans notre introduction, on s'accorde à penser qu'une créance sur autrui représente une valeur patrimoniale depuis une évolution subie par le droit romain post-classique ⁽⁸⁶⁾. Que saisit-on, dès lors, immédiatement ? Le bien corporel ou la créance in se ?

On voit poindre en filigrane une controverse qui divise la doctrine juridique, spécialement française, depuis des décennies ⁽⁸⁷⁾ et qui a connu un regain d'intérêt depuis les années quatre-vingt ⁽⁸⁸⁾ : peut-on concevoir la propriété d'une créance ? Appropriée de la sorte par un

(83) Voy. *infra*, n° 23.

(84) Cette disposition est ainsi libellée : « Le paiement fait par le débiteur à son créancier, au préjudice d'une saisie ou d'une opposition, n'est pas valable à l'égard des créanciers saisissants ou opposants : ceux-ci peuvent, selon leur droit, le contraindre à payer de nouveau, sauf, en ce cas seulement, son recours contre le créancier ».

(85) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3^e éd., t. III, p. 437, n°s 436 et 437.

(86) Mme Cohey-Cordey évoque la lex Poetilia Paripia qui fit des créances « un élément du patrimoine [...], une valeur, un bien » (Fr. COHEY-CORDEY, « La valeur explicative de la théorie du patrimoine en droit positif français », *op. cit.*, n° 8) ; pour un bref aperçu des origines de la saisie-arrêt, voy. M. et J.-B. DONNIER, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, *op. cit.*, p. 290, n° 888 et note n° 4.

(87) Faut-il rappeler la construction doctrinale dénommée théorie personnaliste, qui, partant de ce que le droit tend par essence à régir des relations humaines, a peu ou prou contesté la notion de droit réel ; voy. ainsi la célèbre controverse qui opposa J. Dabin à l'auteur de la thèse la plus aboutie soutenant ce point de vue, M. Ginossar (J. DABIN, « Une nouvelle définition du droit réel », *Rev. trim. dr. civ.*, 1962, pp. 20 et s. et S. GINOSSAR, « Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel », *Rev. trim. dr. civ.*, 1962, pp. 573 et s.) ; voy. ég. M. FABRE-MAGNAN, « Propriété, patrimoine et lien social », *Rev. trim. dr. civ.*, 1997, pp. 583 et s., sp. n°s 4 et 19 à 31, ainsi que V. SAGAERT, « Les interférences entre le droit des biens et le droit des obligations : une analyse de l'évolution depuis le Code civil » in *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, La Chartre, 2004, pp. 351 et s.

(88) Certains textes de droit français font en effet maintenant allusion, en matière de réserve de propriété, de cession dite « Dailly » et de crédit-bail, à la revendication de créances de sommes et même, depuis 1989, de faire (sur ce point, voy. P. CROCQ, *Propriété et garantie*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 248, 1995, sp. pp. 51 à 57, n°s 63 à 68 et les nombreuses références citées) ; en 1995, ce dernier auteur constatait le maintien de la controverse ; en 2001, Mme Cashin-Ritaine estime que ni le droit français, ni le droit allemand n'admet la notion de propriété d'une créance (E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 348, 2001, sp. p. 12, n° 13 et pp. 32 à 39, n°s 42 à 52).

débiteur, la créance n'est-elle pas l'objet immédiat de la mesure de recouvrement ?

In fine, il s'agit toujours pour le créancier d'obtenir une somme d'argent, tantôt par la vente du bien corporel saisi entre les mains du tiers, tantôt par le versement d'espèces par le tiers directement à l'huissier du créancier poursuivant. Simplement, lorsque le lien obligationnel est une créance de somme, on n'a guère de scrupules à considérer la saisie de la créance elle-même ; cette opinion s'impose d'ailleurs en droit, selon MM. Perrot et Théry, qui estiment que la saisie-attribution de droit français porte sur une créance et non sur une somme d'argent⁽⁸⁹⁾. Quant au système juridique qu'ils commentent⁽⁹⁰⁾, ces auteurs n'aperçoivent cependant pas de conséquences concrètes à ce débat⁽⁹¹⁾.

À notre avis, la saisie-arrêt porte bien sur une créance et non sur les meubles corporels qui constituent l'objet de celle-ci⁽⁹²⁾. En décider

(89) R. PERROT et Ph. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, op. cit., p. 363, n° 346 ; R. MARTIN, « Saisie-attribution », in *Saisies et mesures conservatoires*, Rép. proc. civ., Dalloz, 1993, sp. pp. 1 et 3, n°s 1 et 25 ; il est vrai qu'en France, les textes issus de la réforme de 1991 régissent *expressis verbis* la saisie de créances portant sur une somme d'argent ; comp. et *contra* Cass. fr. (2^e civ.), 4 oct. 2001, D., 2002, Jur., p. 1658, avec obs. critiques Ph. SOUSTELLE, *Droit et procédures*, 2002, n° 1, pp. 50 et s., avec obs. E. PUTMAN ; dans cette décision, la haute juridiction a estimé exacte la motivation d'un arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence qui avait retenu que la saisie-attribution avait eu pour effet de transmettre la propriété « des fonds saisis » au créancier ; dans son commentaire de l'arrêt, M. Putman évoque les deux conceptions sans prendre position (E. PUTMAN, obs. citées, sp. p. 51, n°s 2 et 3) ; M. Soustelle insiste au contraire sur le fait que la saisie-attribution a pour objet un droit personnel et non des fonds (Ph. SOUSTELLE, obs. citées, p. 1659).

(90) En droit français, la saisie attribution est cantonnée aux strictes créances de sommes, en sorte que son champ d'application a été épuré des créances de tradition de meubles corporels, ce qui n'est pas le cas en droit belge ; aussi le débat nous paraît-il conserver un intérêt en droit belge, ne fût-ce que pour la cohérence de la présentation.

(91) Comp. E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, op. cit., pp. 32 et s., sp. n°s 41 et s. ; la controverse présente pour l'auteur une portée pratique quant à l'opposabilité de la cession de créance : la cession de la propriété d'une créance produirait un effet erga omnes, contrairement à la cession d'un droit personnel ; nous ne sommes personnellement pas convaincu par cette assertion ; le législateur ne s'est en effet jamais privé de modaliser l'opposabilité aux tiers de transferts de propriété lorsqu'il l'estimait opportun (voy. les articles 1 à 5 de la loi hypothécaire).

(92) En ce sens : G. DUBOC, *La compensation et les droits des tiers*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 202, 1989, p. 117, n° 167 ; M. GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, op. cit., p. 383, n° 536 ; M. FORGES, *La cession de rémunération et la délégation de sommes*, Kluwer, 1998, pp. 12 et 13, n°s 16 et 19 ; K. BROECKX, « Derdenbeslag — De plichten van de notaris als derde-beslagene », in *Rechtskroniek voor het Notariaat*, Deel 4, *Beslagrecht*, Die Keure, 2004, pp. 29 et s., sp. p. 33, n° 5 et p. 35, n° 16 ; n° voy. ég. R. PERROT et Ph. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, op. cit., p. 526, n° 570, qui, commentant les innovations apportées à la saisie entre les mains des tiers par la loi du 9 juillet 1991, écrivent : « Il n'est pas rare que des biens appartenant au débiteur soient entre les mains d'un tiers [...] Il n'y a aucune raison que ces biens échappent à une saisie. Mais comment procéder ? Sous le régime antérieur, seule une saisie-arrêt pouvait être pratiquée entre les mains d'un tiers. La solution se justifiait techniquement par l'idée que, dans ce cas, la saisie porte non point sur le meuble lui-même, mais sur la créance de restitution dont le débiteur est titulaire à l'égard du tiers » ; *contra*, à tort, G. DE FOESTRAETS, « Saisie-arrêt et cession de créance : un difficile équilibre », in *Liber Amicorum C.D.V.A.*, Bruylant, 1998, pp. 159 et s., sp. p. 162, n° 6 : « On constate ainsi que, par un raccourci commandé par l'efficacité, ce n'est pas tant le droit de créance, droit incorporel se trouvant dans le patrimoine du débiteur qui est réellement frappé d'indisponibilité, mais que celle-ci frappe au premier chef les sommes ou effets eux-mêmes, comme si le droit saisi n'était pas tant le droit de créance du débiteur que le droit réel du tiers sur les sommes ou effets saisis-arrêtés entre ses mains ».

autrement entraînerait des difficultés particulières lorsqu'il s'agira d'intercepter la monnaie scripturale déposée sur un compte bancaire. Ainsi que nous le verrons en effet dans nos développements futurs, la monnaie, quelle que soit sa forme, est irréductible à un meuble corporel⁽⁹³⁾. De plus, à trop consacrer d'attention au meuble corporel, s'il en est un, on risque d'oublier que la teneur du rapport obligationnel, dont il constitue l'objet, influe sur la poursuite. Prenons l'exemple d'une machine donnée en location par un commerçant en difficulté à un tiers pour une durée déterminée. Concevrait-on que le créancier de ce commerçant puisse obtenir tout de go, par le biais d'une saisie entre les mains du tiers, la restitution de la machine par ce dernier ? Nous ne le pensons pas et nous en justifierons prochainement⁽⁹⁴⁾.

Qu'il suffise ici d'annoncer que l'exercice de la mesure, au stade de l'exécution, confère au créancier saisissant la prérogative d'exiger du tiers saisi qu'il exécute son obligation originelle, par la remise des fonds ou des effets à l'huissier instrumentant (article 1543 du Code judiciaire)⁽⁹⁵⁾. En d'autres termes, la saisie-arrêt emporte un détournement, au profit du créancier saisissant et de ceux qui se joignent à cette mesure, de l'exécution d'une obligation⁽⁹⁶⁾. Il s'agit d'ailleurs là, on le répète, du point de vue traditionnel de la doctrine. Ainsi, selon les auteurs du principal ouvrage de droit belge relatif à notre sujet, l'objet de la saisie-arrêt, fût-elle bancaire, est une créance du débiteur saisi vis-à-vis de ce tiers particulier qu'est l'établissement de crédit⁽⁹⁷⁾. M. Dirix et Mme Broeckx utilisent également à plusieurs reprises le terme « créance » (*schuldvoordering*) pour évoquer la saisie-arrêt tant des sommes (*bedragen*) que des

(93) Voy. *infra*, n°s 162 et s.

(94) Voy. *infra*, n°s 45 et s.

(95) Aux termes de cette disposition, « deux jours, au plus tôt, après l'expiration du délai de quinze jours, à dater de la dénonciation de la saisie à la personne ou au domicile réel ou élu du débiteur saisi, le tiers saisi dont la dette est liquide et exigible est tenu sur la production de l'exploit de dénonciation et, conformément à sa déclaration, de vider ses mains en celles de l'huissier de justice, à concurrence du montant de la saisie, à défaut de quoi il y sera condamné sur la citation à lui donnée par le saisissant devant le juge des saisies. Si la saisie-arrêt porte sur des effets, la réalisation de ceux-ci est poursuivie comme en matière de saisie-exécution mobilière ».

(96) Nous ne préjugeons pas ici de la consistance précise de la prestation objet de l'obligation, qui sera examinée ci-après, n°s 18 et s.

(97) R.P.D.B., v° Saisie-arrêt bancaire, *op. cit.*, n°s 1, 4 et 30 ; les auteurs insistent particulièrement dans ce dernier numéro sur « l'utilisation du mot doit car il met en évidence que l'objet de la saisie-arrêt est une créance » (nous soulignons) ; voy. ég. G. de LEVAL, *Traité des saisies*, *op. cit.*, p. 82, n° 48 et J. VINCENT et J. PRÉVAULT, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, *op. cit.*, pp. 48 et 49, n°s 58 à 60, p. 187, n° 240, qui écrivent de façon significative pour notre propos : « [La saisie-arrêt] se justifie par ce principe que le créancier a pour gage tout ce qui constitue le patrimoine de son débiteur ; or, les créances contre des tiers sont des éléments du patrimoine. Le nouvel article 2092-1 du Code civil (loi 5 juill. 1972) donne à la saisie-arrêt un fondement nouveau, en indiquant que 'les biens du débiteur peuvent être appréhendés alors qu'ils seraient détenus par des tiers' » ; les deux aspects (saisie d'une créance et saisie de biens en possession de tiers) se retrouvent confondus dans un enchaînement voulu logique.

effets (*zaken*) dus par le tiers⁽⁹⁸⁾. Profitons de cette évocation de la version néerlandaise de l'article 1445 du Code judiciaire pour en déduire que le terme français « effets » doit être entendu en son sens plus général de « choses », c'est-à-dire de biens meubles corporels⁽⁹⁹⁾.

15. Consistance de l'obligation. La présence d'un rapport obligationnel entre le débiteur et un tiers, portant sur des sommes ou effets, détermine donc le recours à la saisie-arrêt. En 1976 déjà, M. de Leval, tout en se plaçant résolument sur le terrain du lien juridique, du rapport de droit entre le saisi et le tiers, évoquait moins le concept de créance que celui de « meubles incorporels c'est-à-dire des sommes ou effets mobiliers qui appartiennent au débiteur saisi et qui se trouvent entre les mains d'un tiers »⁽¹⁰⁰⁾. L'auteur constate que le mécanisme permettra le plus souvent de saisir des créances, mais précise — non sans y insister — que ces dernières ne sont qu'une catégorie du concept plus extensif de meubles incorporels⁽¹⁰¹⁾. De la sorte, il envisage expressément l'appréhension des droits intellectuels et des actions nominatives⁽¹⁰²⁾. Il est d'ailleurs significatif de constater que l'auteur adopte une vision finaliste de la saisie-arrêt, qui « doit pouvoir appréhender les meubles incorporels qui ne constituent pas des créances et qui autrement échapperaient au gage commun des créanciers »⁽¹⁰³⁾.

Cela étant, on perçoit rapidement que ni la totalité des créances ni, *a fortiori*, la totalité des meubles incorporels ne peuvent faire l'objet d'une saisie-arrêt. Viendra-t-il à l'esprit de quelqu'un de vouloir saisir l'obligation de faire dont son débiteur est titulaire vis-à-vis de l'entrepreneur auquel a été confiée la construction d'une maison ? Nul ne niera

(98) E. DIRIX et K. BROECKX, *Beslag*, *op. cit.*, n^{os} 672, 677, 693 et 719 ; évoquant ailleurs l'objet de la saisie-arrêt, les auteurs écrivent : « Zij heeft de betaling van een geldsom of de afgifte van een zaak tot voorwerp » (*ibid.*, p. 407, n^o 696 ; *adde* même ouvrage, p. 420, n^o 723 où, examinant la saisie entre les mains du mandataire, les auteurs n'envisagent que la créance de somme d'argent) ; *adde* E. DIRIX, « Verhaalsrechten op schuldvorderingen », *op. cit.*, p. 149, n^{os} 1 et 2.

(99) En ce sens également, voy. G. de LEVAL, *Traité des saisies*, *op. cit.*, p. 74, n^o 41 et note subp. n^o 306 ; la précision s'impose car le terme évoque en premier lieu les effets de commerce que sont les lettres de changes et les billets à ordre, voire les titres de sociétés.

(100) G. de LEVAL, *La saisie-arrêt*, *op. cit.*, n^{os} 1 et 54 ; voy. ég., du même auteur, *Traité des saisies*, *op. cit.*, n^o 6.

(101) G. de LEVAL, *Traité des saisies*, *op. cit.*, n^{os} 40, 48 et 50C ; *adde* Ch. VAN REEPINGHEN, *Rapport sur la réforme judiciaire*, éd. du Moniteur belge, 1964, p. 472, à propos du caractère lacunaire du Code de procédure civile quant aux normes d'insaisissabilité : « [...] la saisie de meubles incorporels, tels notamment les droits de créance à charge de tiers (saisies-arrêts) devrait être réglée » (nous soulignons) ; comp. cependant M. et J.-B. DONNIER, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, *op. cit.*, p. 237, n^o 706 et p. 242, n^o 719 : « ... [s'il s'agit de biens incorporels, c'est-à-dire de créances [...]] ».

(102) G. de LEVAL, *Traité des saisies*, *op. cit.*, p. 83, n^o 48 et *La saisie-arrêt*, *op. cit.*, p. 86, n^o 57 ; MM. Dirix et Broeckx approuvent également que la saisie-arrêt appréhende les actions nominatives (E. DIRIX et K. BROECKX, *Beslag*, *op. cit.*, p. 422, n^o 727) ; on ne peut cependant les qualifier de créance.

(103) G. de LEVAL, *La saisie-arrêt*, *op. cit.*, p. 88, n^o 57.

pourtant que ce lien de droit représente une valeur patrimoniale⁽¹⁰⁴⁾. De façon moins intuitive, le fonds de commerce, pourtant meuble incorporel et, bien plus, objet d'une sûreté spécifique consacrée par la loi du 25 octobre 1919, n'est pas susceptible d'être appréhendé dans sa globalité par voie de saisie-arrêt⁽¹⁰⁵⁾. Également remarquable est le constat qu'un bien incorporel cessible, telle une créance future, n'est pas toujours saisissable, contrairement au lien traditionnellement noué entre les deux qualités⁽¹⁰⁶⁾.

16. Plan — Précautions préliminaires. Afin de cerner au plus près les acquis de la matière, il nous incombe d'examiner comment la doctrine et la jurisprudence interprètent la notion de « sommes et effets qu'un tiers] doit à son débiteur ». Tel sera l'objectif de notre titre premier, consacré à l'étude de l'objet de la saisie-arrêt. Dans le second titre, nous examinerons les effets de cette mesure de recouvrement sur l'objet qu'elle se donne en ligne de mire. Deux précisions s'imposent préalablement.

En premier lieu, dans les lignes qui suivront, ne seront pas étudiées les exigences posées par le Code judiciaire pour formaliser une saisie-arrêt conservatoire ou une saisie-arrêt-exécution parce que celles-ci ne se rapportent pas au sujet qui nous retient. Nous faisons ici allusion par exemple aux conditions de célérité, de détention d'un titre exécutoire ou aux qualités de certitude, exigibilité et liquidité que doit présenter la créance *cause* de la saisie. On n'évoquera pas non plus les problèmes liés aux immunités d'exécution et les exigences procédurales posées par le Code judiciaire.

En second lieu, si notre point de départ est le Code judiciaire en ses articles 1445 et 1539, il importe de signaler que nos développements valent également pour les saisies-arrêts simplifiées que constituent certaines mesures fiscales, telles, par exemple, celles visées à l'article 164 de

(104) J. HANSENNE, *Les biens — Précis*, Collection scientifique de la Faculté de droit de Liège, 1996, p. 29, n° 26.

(105) G. de LEVAL, *Traité des saisies*, op. cit., p. 76, n° 43 ; la doctrine déplore d'ailleurs les importantes lacunes accusées par la réglementation du gage sur fonds de commerce, entre autres en ce qui concerne la réalisation de l'assiette de cette sûreté (I. MOREAU-MARGRÈVE, « Heurs et malheurs du gage sur fonds de commerce », note sous Cass. (1^{re} ch.), 8 avr. 1976, *R.C.J.B.*, 1980, pp. 121 et s., sp. pp. 157 à 159, n°s 26 à 28 ; du même auteur, « Évolution du droit et de la pratique en matière de sûretés », in *Les créanciers et le droit de la faillite*, Bruylant, 1983, pp. 77 et s., sp. p. 145 ; voy. et comp. E. LEROY, « La réalisation du gage sur fonds de commerce », *Act. dr.*, 1995, pp. 261 et s.) ; sur la cession volontaire du fonds de commerce, voy. P.-A. FORIERS et R. JAFFERALLI, « La cession de fonds de commerce et autres opérations apparentées », in *La cession du fonds de commerce*, Formation permanente C.U.P., vol. 76, Larcier, 2005, pp. 5 et s. ; *adde*, plus généralement, l'ouvrage collectif *Le fonds de commerce*, H. COUSY, B. TILLEMANN et A. BENOIT-MOURY (éd.), La Charte, 2001.

(106) G. de LEVAL, *Traité des saisies*, op. cit., p. 80, n° 44, note subp. 327.

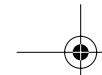
l'arrêté royal d'application du C.I.R. 1992⁽¹⁰⁷⁾, à l'article 85*bis* du C.T.V.A. ou aux articles 433 à 440 du C.I.R. 1992⁽¹⁰⁸⁾, sauf exception en sens opposé⁽¹⁰⁹⁾. Au contraire, le mode original d'appréhension des meubles incorporels prévu par l'article 1174 du Code judiciaire restera hors de nos investigations⁽¹¹⁰⁾. Cette mesure, d'application semble-t-il peu fréquente et sujette à controverse, est en effet principalement affectée à des fins probatoires et non à la satisfaction d'une obligation pécuniaire.

(107) Voy. N. PIROTTE, *Le recouvrement fiscal*, Kluwer, 2000, pp. 97 et s., n^{os} 131 à 151.

(108) Cette procédure a un correspondant en matière de taxe sur la valeur ajoutée ; voy. les articles 93*ter* à 93*decies* C. T.V.A. ; spécialement, les articles 435 C.I.R. 1992 et 93*quinquies* C. T.V.A. disposent qu'en cas de passation de l'acte, la notification au notaire vaut saisie-arrêt entre ses mains ; sur cette procédure, voy. N. PIROTTE, *op. cit.*, pp. 124 et s., sp. n^{os} 171 à 183.

(109) On pense ici à l'effet attributif attaché aux mesures fiscales visées aux articles 164 A.R. C.I.R. 1992 et 85*bis* C.T.V.A. par un récent arrêt de la Cour de cassation, pourvu qu'aucune mesure n'ait été préalablement formalisée par un autre créancier sur la même assiette (Cass. (1^{ère} ch.), 16 déc. 2005, encore inédit, R.G. CO30128F et CO30206F, www.cass.be, à paraître à la *J.L.M.B.*, 2006, avec obs. G. DE LEVAL et F. GEORGES) ; sur les critiques que suscite cette décision qui confère ainsi un privilège au premier saisissant lorsqu'il s'agit du fisc, voy. les observations précitées.

(110) Cette disposition confère au juge de paix, saisi d'une demande d'apposition de scellés, le pouvoir d'interdire à toute personne débitrice de titres, sommes ou valeurs d'une succession, d'une communauté ou d'une indivision d'en opérer restitution ou paiement ; sur cette disposition, voy. P. MOREAU, « Le curateur aux meubles et les scellés », *J.J.P.*, 1998, pp. 481 et s., sp. p. 485, n^o 8, où l'auteur discute la question si le curateur aux meubles peut exiger de l'établissement de crédit qu'il vide ses mains entre les siennes.

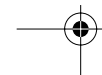
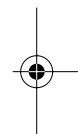


TITRE I



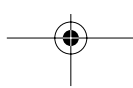
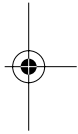
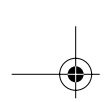
L'OBJET DE LA SAISIE-ARRÊT

17. Choix de présentation de l'objet de la saisie-arrêt. Dans une perspective de cohérence et de complétude, nous envisagerons successivement, parmi d'autres présentations possibles, la teneur de l'obligation à saisir, en l'occurrence les sommes et effets dus (chapitre I) et la présence d'un tiers (chapitre II). Il nous faut cependant préciser qu'à certaines occasions, l'examen d'un de ces deux éléments nous contraindra à évoquer l'autre, sous peine, à défaut, d'obscurcir considérablement nos développements.





DBL5151.book Page 46 Vendredi, 10. février 2006 2:48 14



CHAPITRE I



LES SOMMES ET EFFETS DUS

18. Plan. Pour commenter cette expression qui paraphrase, par facilité d'expression, les termes du Code judiciaire, nous évoquerons d'abord la déduction de sommes ou d'effets (section 1). Ensuite, nous envisagerons le caractère d'actualité imprimé par le texte à l'obligation en question (section 2).

SECTION I

La déduction de sommes ou effets

19. Justification économique de la saisie-arrêt. Il n'est pas aisé de trouver le commun dénominateur entre l'obligation de somme, qui est l'objet le plus fréquent de saisie-arrêt, et celle qui porte sur des meubles corporels. On peut justifier cette réunion d'éléments hétérogènes, comme nous l'avons vu plus haut, en soulignant la nécessité de pouvoir appréhender les choses qui sont hors la possession du débiteur, entre les mains d'un tiers ; aucune raison objective ne justifierait qu'elles soient soustraites au gage des créanciers ⁽¹¹¹⁾.

Telle était l'analyse de MM. Leurquin et Cuche. Limitons-nous à ne reproduire que les termes de l'un d'entre eux ⁽¹¹²⁾. P. Cuche voit la caractéristique essentielle de la saisie-arrêt dans le fait que le créancier n'a pas entre les mains les sommes ou objets : « Il est simplement créancier de leur tradition ; tradition translatrice de propriété, s'il s'agit de sommes d'argent, tradition qui peut n'être qu'une simple délivrance, remise ou restitution, s'il s'agit d'objets dont le débiteur saisi est déjà propriétaire, sans en être détenteur. Ainsi la saisie-arrêt porte indifféremment sur tous les objets mobiliers à l'égard desquels le saisi a une créance de dation ou de tradition. C'est sous le bénéfice de cette préci-

(111) Voy. H. DE PAGE, déjà cité en ce sens ci-dessus (*supra*, n° 14) ; adde A. BRAAS, *Procédures d'ouverture des successions — Voies d'exécution — Procédures de distribution*, op. cit., p. 247, n° 377 ; H. SOLUS, *Cours de voies d'exécution*, Les cours de droit, Paris, 1946-1947, p. 70 : « L'article 2093 C.C. [...] dispose que tous les biens, meubles et immeubles du débiteur sont le gage de ses créanciers. Or, ce droit de gage ne s'applique pas seulement aux sommes d'argent que le débiteur a dans ses caisses et aux objets mobiliers corporels qui se trouvent chez lui, dans sa propre demeure. Il s'étend également aux sommes d'argent et aux meubles corporels qui appartiennent au débiteur, mais qui sont actuellement en la détention d'un tiers ».

(112) Pour la seconde analyse, voy. Ch. LEURQUIN, *Code de la saisie-arrêt*, Larcier et Sirey, 1906, p. 21, n° 1.

sion qu'il demeure vrai de dire, comme on le fait habituellement, que la saisie-arrêt est la saisie des créances »⁽¹¹³⁾. Comme nous l'avons déjà fait remarquer, cette explication relève plus de l'opportunité économique que d'une analyse juridique précise. La saisie-arrêt est la saisie de *créances*, dont le cas de figure le plus fréquent est l'obligation portant sur une somme d'argent⁽¹¹⁴⁾.

20. Reproduction de la distinction légale. Reprenons néanmoins la *summa divisio* à laquelle invitent les textes du Code judiciaire et considérons, avec MM Vincent et Prévault mais sans nous laisser abuser par la simplicité de la formulation, qu'elle *porte* soit sur des choses mobilières corporelles, soit sur des sommes d'argent⁽¹¹⁵⁾. De la sorte, nous énonçons la distinction entre la saisie-arrêt de créances ayant pour objet des meubles corporels, se trouvant de façon contingente hors de la possession du débiteur (sous-section I), et la saisie-arrêt de créances d'argent, en ce qu'elle a été étendue aux biens incorporels (sous-section II).

Sous-section I

Les biens meubles corporels

21. Catégorie résiduelle. Aux termes de l'article 516 du Code civil, tous les biens sont meubles ou immeubles. Les seconds ne nous concernent pas⁽¹¹⁶⁾ ; seules les choses mobilières peuvent constituer, de

(113) P. CUCHE, *Précis des voies d'exécution et des procédures de distribution*, 6^e éd., Dalloz, par J. VINCENT, 1949, p. 82, n° 82.

(114) Comp. et *contra* J. MIGUET, « Saisie-attribution — Conditions générales », *Jur.-Cl.*, fasc. 2240, 1999, p. 5, n° 7, qui, justifiant la disparition de la saisie-arrêt en France en 1991, écrit : « L'ambiguïté se prolongeait au niveau de l'objet de la saisie, puisque la saisie-arrêt pouvait porter aussi bien sur des créances que sur des meubles corporels détenus par un tiers ».

(115) J. VINCENT et J. PRÉVAULT, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, *op. cit.*, p. 187, n° 240 ; ces auteurs écrivent plus loin encore, examinant la condition que le tiers doit être débiteur du saisi : « Le mot « débiteur » vise aussi bien celui qui doit une somme d'argent que celui qui est tenu de transférer au saisi la propriété d'un objet ou de lui rendre un objet dont il était déjà propriétaire » (*ibid.*, p. 200, n° 253).

(116) On sait que la classification entre meubles et immeubles n'a pu s'étendre aux biens incorporels que pour des raisons historiques, liées à l'influence d'une autre distinction, établie, quant à elle, en fonction de la valeur du bien (F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Droit civil — Les biens*, *op. cit.*, pp. 17 et 18, n° 17 ; J. HANSENNE, *Les biens*, *op. cit.*, pp. 61, 62 et 117, n°s 48, 49 et 93 ; comp. J.-F. ROMAIN, « La distinction entre les biens », *J.T.* (numéro spécial bicentenaire du Code civil), 2004, p. 277 et s., sp. p. 278, n° 7) ; fondée par l'article 517 du Code civil sur l'objet auquel s'applique le bien incorporel (Chr. ATIAS, *Droit civil des biens*, *op. cit.*, pp. 36 et 41, n°s 27-a et 30 ; F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Droit civil — Les biens*, *op. cit.*, p. 25.), la qualification d'immeubles s'étend, au-delà de la description incomplète de l'article 526 du même Code, aux droits réels immobiliers, aux créances immobilières et aux actions immobilières ; quant aux premiers d'entre eux, seuls susceptibles d'être saisis, il convient de se référer à l'article 1560 du Code judiciaire (sur cette disposition, voy. G. de LEVAL, *Droit du recouvrement — La saisie immobilière*, Larcier, 2001, pp. 126 à 133, n°s 62 à 73 ; J.-L. LEDOUX, « La saisie immobilière », *R.P.D.B.*, Compl. VIII, Bruylant, 1995, pp. 690 et 691, n°s 16 à 19).

façon indirecte, « l'objet » d'une saisie-arrêt. Il est évidemment impossible de dresser un inventaire des biens meubles corporels susceptibles comme tels d'être détournés du patrimoine de leur destinataire initial par saisie-arrêt. Tout ce qui n'est pas immeuble est meuble : « Il n'y a pas de définition possible du bien meuble, car les choses ainsi qualifiées sont trop différentes les unes des autres. La catégorie est hétéroclite. Toute chose qui ne remplit pas les conditions pour être traitée comme immeuble est dite meuble... La classe des biens meubles est résiduelle » ⁽¹¹⁷⁾. Sans nous appesantir sur les hypothèses insolites ⁽¹¹⁸⁾, nous souhaitons mettre en exergue trois précisions, avant d'apprécier l'opportunité d'une modification législative à ce propos.

22. Développements. Tout d'abord, les titres au porteur, dont la catégorie connaît actuellement une régression due à la dématérialisation des valeurs mobilières, sont l'objet direct d'une saisie mobilière lorsqu'ils se trouvent en possession du débiteur ; si tel n'est pas le cas, ils devront être saisis-arrêtés entre les mains de leur détenteur.

En deuxième lieu, il convient en principe de réserver les exceptions légales que constituent les cas d'insaisissabilité ; ce qui ne peut être diverti de la libre disposition de son propriétaire par voie de saisie mobilière ne peut davantage l'être par une saisie-arrêt ⁽¹¹⁹⁾. L'article 1408, § 2, du Code judiciaire, déroge cependant à ce principe en prescrivant que les objets visés au premier paragraphe de cette disposition, partant insaisissables, perdent cette qualité « s'ils se trouvent dans un lieu autre que celui où le saisi demeure ou travaille habituellement ». La réserve ne vaudra dès lors *de facto* que dans les cas d'insaisissabilité par nature et par attachement à la personne ⁽¹²⁰⁾.

En troisième lieu, on soulignera que les meubles corporels à restituer par les tiers peuvent être l'objet d'obligations tant personnelles, ce qui sera la plupart du temps le cas, mais aussi réelles. Soit l'exemple d'un usufruit mobilier. Le nu-propriétaire est créancier de restitution de son bien à l'échéance de l'usufruit. Il nous paraît concevable que ce bien fasse l'objet d'une saisie-arrêt à charge du nu-propriétaire entre les mains de l'usufruitier, dans le respect, bien entendu, des prérogatives de

(117) Chr. ATIAS, *Droit civil des biens*, op. cit., p. 35, n° 27.

(118) Ainsi, on aurait pu concevoir une saisie-arrêt de meubles par anticipation, tels une récolte ou des arbres vendus sur pied au débiteur et toujours en possession du tiers ; mais la doctrine estime que la saisie-brandon, visée aux articles 1529 et s. du Code judiciaire, peut être poursuivie par un créancier à charge du propriétaire des fruits, qu'il soit ou non propriétaire du fonds (G. de LEVAL, « La saisie mobilière », *Rép. not.*, t. XIII, l. III, Larcier, 1982, p. 141, n° 305, M.-C. MATAGNE, *Saisie mobilière*, op. cit., p. 675, n° 240).

(119) Ch. LEURQUIN, *Code de la saisie-arrêt*, op. cit., p. 538, n° 623.

(120) Sur ces notions, voy. G. de LEVAL, *Traité des saisies*, op. cit., p. 135, n° 78.

ce dernier ⁽¹²¹⁾. À titre de second exemple, on peut citer le cas d'une saisie-arrêt faite à charge d'un débiteur entre les mains de son créancier gagiste ⁽¹²²⁾.

23. Appréciation. À n'en pas douter, les hypothèses de saisie-arrêt d'effets restent marginales, au point qu'on peut s'interroger s'il ne serait pas opportun, à l'instar du droit français depuis 1991, de verser ce cas de figure dans le champ d'application de la saisie mobilière. Aux termes de l'article 50, alinéa 1^{er}, de la loi française du 9 juillet 1991, « tout créancier muni d'un titre exécutoire... peut... faire procéder à la saisie et à la vente des biens meubles corporels appartenant à son débiteur, qu'ils soient ou non détenus par ce dernier » ⁽¹²³⁾. On éviterait de la sorte au créancier poursuivant toute perplexité dans son choix entre la figure de la saisie-arrêt et celle de la saisie mobilière « hors du domicile du débiteur et chez un tiers » prévue à l'article 1503 du Code judiciaire ⁽¹²⁴⁾. Or, les hésitations sont d'autant plus concevables que le créancier saisissant ne dispose que rarement d'informations lui permettant d'apprécier la teneur des rapports juridiques existant entre son débiteur et le détenteur du bien ⁽¹²⁵⁾.

Pareille modification législative nécessite cependant que certaines précautions soient prises. Ainsi, l'existence d'un schéma triangulaire a contraint la loi française à l'adaptation de la saisie-vente ⁽¹²⁶⁾, au-delà de ce que prévoit l'article 1503 du Code judiciaire ⁽¹²⁷⁾. Par ailleurs, il faut

(121) À l'inverse, dans leur dimension positive, les droits réels portant sur des meubles pourraient-ils donner lieu à saisie-arrêt alors que leur titulaire est en possession du bien ? À nos yeux, une réponse négative s'impose : en cas d'usufruit sur un immeuble, si l'on enseigne que « les créanciers de l'usufruitier ou de l'emphytéote ne peuvent... saisir que son seul droit et non la chose sur laquelle porte ce droit » (B. VANBRABANT, « La déchéance d'un droit d'usufruit, d'usage, d'habitation ou d'emphytéose : causes et effets », note sous Liège, 12^e ch., 4 oct. 2000, Liège, 1^{re} ch., 12 déc. 2000 et Gand, 1^{re} ch., 27 juin 2002, R.G.D.C., 2004, pp. 26 et s., sp. p. 32), il reste que les poursuites revêtent la forme de la saisie immobilière, du souhait même de l'article 1560 du Code judiciaire.

(122) Ch. LEURQUIN, *Code de la saisie-arrêt*, op. cit., p. 71, n° 39 ; voy. ég. G. de LEVAL, *La saisie-arrêt*, op. cit., p. 88, n° 57, citant les travaux préparatoires du Code judiciaire (Rapport DE BAECK, Bruylant, 1967, p. 885), ainsi que la note n° 107 de l'ouvrage de M. de Leval.

(123) MM. Donnier remarquent et approuvent cet élargissement sensible du domaine de la saisie-exécution devenue saisie-vente (M. et J.-B. DONNIER, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, op. cit., p. 242, n°s 719 et 720) ; MM. Perrot et Théry notent quant à eux que la solution antérieure était « exacte, mais compliquée » (R. PERROT et Ph. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, op. cit., p. 526, n° 570) ; M. Julien, enfin, constate qu'avant la réforme de 1991, le recours imposé à la saisie-arrêt pour saisir les meubles corporels entre les mains des tiers était très critiqué (P. JULIEN, *Saisie*, op. cit., p. 6, n° 38).

(124) Voy. *supra*, n° 13.

(125) Voy. les constatations de G. de LEVAL, *La saisie-arrêt*, op. cit., pp. 118 et 119, n° 73, note n° 23.

(126) R. PERROT et Ph. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, op. cit., p. 526, n° 570 ; voy. les articles 99 à 106 du décret du 31 juillet 1992.

(127) Rappelons que selon l'article 1503 du Code judiciaire, « la saisie peut être faite hors du domicile du débiteur et chez un tiers. Cette saisie est subordonnée à l'autorisation du juge, accordée sur requête présentée et signée par un avocat ou un huissier de justice. La requête contient dans la mesure du possible, outre les mentions prévues à l'article 1026, le relevé sommaire des meubles et effets mobiliers à saisir. Le tiers est tenu d'indiquer à l'huissier de justice l'endroit où se trouvent les objets à saisir ou, le cas échéant, de faciliter ses recherches ».

garder à l'esprit que la réforme française était principalement justifiée par la complexité de la saisie-arrêt connue jusque-là ; en Belgique, depuis 1970, nous bénéficions d'une mesure de poursuite nettement plus efficace. Plus fondamentalement encore, nous estimons que les relations entre débiteur saisi et tiers détenteur resteraient peut-être mieux appréhendées et partant respectées dans le cadre de la saisie d'une obligation plutôt que dans celui d'une saisie de meuble corporel ⁽¹²⁸⁾. Dès lors, pour concrétiser un légitime souhait d'uniformisation des poursuites ⁽¹²⁹⁾, favorable à un créancier peu au fait des relations nouées entre son débiteur et un tiers, le législateur nous semblerait mieux inspiré en supprimant l'article 1503 du Code judiciaire et en adaptant le cas échéant les textes applicables à la saisie-arrêt ⁽¹³⁰⁾.

Sous-section 2

De la créance de somme aux meubles incorporels

24. Insuffisance des distinctions classiques. Tout créancier peut saisir-arrêter entre les mains d'un tiers les sommes que celui-ci doit à son débiteur, prescrit l'article 1445 du Code judiciaire. Au-delà de l'obligation de somme pure et simple, expressément visée par cette disposition, il importe de déterminer, dans l'ensemble des meubles incorporels, lesquels revêtent un caractère suffisamment « monétaire » pour être objet de saisie-arrêt.

Transposant l'enseignement de Pothier dans ses articles 1101 et 1126, le Code civil répartit les obligations en celles de donner, de faire et

(128) D'autres raisons sont données par H. JESPERS, « Beslag onder derden of bij derden ? », *op. cit.*, pp. 218 à 220 ; comp. Ph. THÉRY, « Remarques sur l'évolution du droit de l'exécution », *Banque et droit*, 2001, n° 77, pp. 12 et s., sp. p. 13.

(129) Il ne serait en effet pas trop tôt de supprimer ce subtil *distinguo* constaté en 1903 : « Les valeurs contenues dans un compartiment de coffre-fort...ne peuvent faire l'objet d'une saisie-arrêt...Le contrat constitue un bail ; il résulte de là que l'établissement de crédit n'est pas détenteur des valeurs déposées dans le compartiment et par conséquent ne peut jouer le rôle de saisi. C'est à une saisie-exécution qu'il faut recourir ; la solution serait différente si l'établissement de crédit devait être regardé comme dépositaire de ces valeurs » (A. WAHL, *Jurisprudence en matière de procédure civile*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1903, p. 719, n° 129) ; *adde* P. RAYNAUD, « Jurisprudence en matière de procédure civile », *Rev. trim. dr. civ.*, 1951, pp. 435 et 436, n° 41, *Rev. trim. dr. civ.*, 1952, pp. 552 et 553, n° 22, et *Rev. trim. dr. civ.*, 1953, p. 751, n° 18, à propos de la saisie-arrêt tendant à appréhender une automobile dans un garage.

(130) Voy. déjà la pensée de P. ESMEIN, « La location des coffres-forts et la saisie des objets qu'ils contiennent », *Rev. trim. dr. civ.*, 1922, pp. 347 et s., qui s'exprimait, à une époque, il est vrai, où les mesures conservatoires n'avaient pas conquis un champ d'application généralisé, en faveur du recours à la saisie-arrêt pour appréhender les richesses contenues dans un coffre-fort donné en location par l'établissement de crédit ; *adde* E. PRÉAUX, « Les saisies chez les banques », *J.C.B.*, 1961, pp. 66 et s., sp. pp. 70 à 72.

de ne pas faire⁽¹³¹⁾. De Page reprend cette distinction, restée fondamentale⁽¹³²⁾, dans sa définition de l'obligation⁽¹³³⁾. Outre une certaine érosion de son utilité quant aux effets des obligations qu'elle soulignait naguère, sans compter les recherches théoriques qui l'ont mise en question⁽¹³⁴⁾, cette répartition classique n'est à l'évidence pas suffisante pour la recherche de l'objet de la saisie-arrêt.

Certes, elle est utile en ce que la doctrine a traditionnellement déduit des termes légaux l'impossibilité de saisir les obligations de faire et de ne pas faire, « dont l'émolument seul peut être saisi »⁽¹³⁵⁾. C'est là une différence entre la saisissabilité des créances et leur cessibilité⁽¹³⁶⁾. Nous reviendrons sur la justification de cette exclusion, que nous voyons dans une aptitude trop faible à l'échange : céder une obligation de faire, dans le cadre d'un échange de volontés librement consenti, est une chose, une autre est de la réaliser, au sens d'exercer sur elle une contrainte en vue de satisfaire une obligation de somme⁽¹³⁷⁾. Bornons-nous à signaler que pour amoindrir qu'elle soit, la valeur patrimoniale de pareilles obligations n'en est pas moins réelle ; le créancier d'un débiteur

(131) Point n'est besoin d'insister sur la confusion commise par le Code, maintes fois dénoncée, entre la source et le régime des obligations (Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les obligations*, Cujas, 1999-2000, 10^e éd., p. 563, n° 960 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, entre autres t. II, 3^e éd., 1964, pp. 389 et 402, n°s 437 et 443).

(132) On la retrouve ainsi dans les ouvrages récents de droit civil ; on se borne à citer Chr. ATIAS, *Droit civil — Les biens*, op. cit., p. 74, n° 54 ; Fr. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Droit civil — Les biens*, op. cit., p. 36, n° 36 ; W. van GERVEN et S. COVEMAËKER, *Verbintenissenrecht*, Acco, Leuven, 2001, p. 27 ; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Intersentia Rechtswetenschappen, Antwerpen-Groningen, 2000, p. 121, n° 99.

(133) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, pp. 389 et 392, n°s 437 et 439.

(134) Voy. ainsi J. HUET, « Des différentes sortes d'obligations et, plus particulièrement, de l'obligation de donner, la mal nommée, la mal aimée », in *Le contrat au début du XXI^e siècle — Études offertes à Jacques Ghestin*, L.G.D.J., 2001, pp. 425 et s., qui refond la trilogie en obligations de *dare*, *praestare* et *facere*.

(135) R.P.D.B., v° Saisie-arrêt, op. cit., p. 572, n°s 277 et 280 ; P. DODO, *Théorie et pratique de la saisie-arrêt*, op. cit., n° 78 ; G. de LEVAL, *La saisie-arrêt*, op. cit., p. 92, n° 61 ; l'auteur du *Traité au Répertoire pratique de droit belge* évoque cependant la possibilité d'appréhender le droit au bail ; il se réfère sur ce point à de précédents écrits qui admettaient sa saisissabilité (voy. ainsi Ch. LEURQUIN, *Code de la saisie-arrêt*, op. cit., p. 66, n° 34 ; comp. P. RAYNAUD, « Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé », *Rev. trim. dr. civ.*, 1965, p. 874, n° 9) ; il exclut en tout cas cette dernière en cas d'interdiction de cession de bail, sauf consentement du bailleur ; outre que la chose n'est pas évidente en soi, cette opinion ne nous paraît en tout état de cause pas déterminante pour juger du principe de la saisissabilité.

(136) On admet en effet que la cession peut porter sur n'importe quel type de créance (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3^e éd., t. III, p. 367, n° 381 ; l'auteur note cependant que la cession concerne la plupart du temps les sommes d'argent (*ibid.*, n° 382) ; d'un autre point de vue, sur l'absence de rapport nécessaire entre l'insaisissabilité et l'incessibilité, voy., chez le même auteur, t. VI, p. 633, n° 727).

(137) À propos de la réforme française de 1991, M. Légier écrit : « La mise en œuvre de la saisie des créances n'a été envisagée qu'à propos de celles qui portent sur une somme d'argent. En effet, permettre de saisir une obligation d'un autre type serait à la fois impraticable et inadmissible car la mesure conduirait à exercer une contrainte directe sur la personne » (G. LÉGIER, « Saisies et mesures conservatoires », *Rép. proc. civ.*, Dalloz, p. 22, n° 209).

qui néglige de faire valoir ses droits jouit de l'action oblique (ou subrogatoire) consacrée par l'article 1166 du Code civil⁽¹³⁸⁾. Cette action, dont la doctrine déplore la rareté d'application⁽¹³⁹⁾, voit son empire limité aux actes « qui ont pour effet d'augmenter [le] patrimoine [du débiteur] ou d'en réaliser les existences »⁽¹⁴⁰⁾. On ne peut y recourir pour s'immiscer dans la gestion proprement dite du patrimoine de son débiteur, ce qui exclut l'exercice d'options ou simples facultés dont jouit le débiteur⁽¹⁴¹⁾. Sont de même écartés, en amont de la distinction, les droits extrapatrimoniaux.

Plus fondamentalement, la trilogie classique s'accorde mal avec la sophistication que connaissent actuellement les relations juridiques pécuniaires. Après l'exclusion des obligations de faire et ne pas faire, ne resterait comme objet potentiel de saisie-arrêt que l'obligation de donner une somme d'argent, qui en constitue certes la plus fréquente occurrence⁽¹⁴²⁾. Mais la pratique montre que ce cas de figure a été largement dépassé⁽¹⁴³⁾.

25. Extension de l'emprise au meuble incorporel. La doctrine est sur ce point notablement moins diserte qu'à propos de l'existence de la créance au moment de la saisie, sujet qui donna lieu à toutes sortes de développements assez casuistiques⁽¹⁴⁴⁾. Certes, on enseigne dès 1940

(138) Ch. LEURQUIN, *Code de la saisie-arrêt*, op. cit., p. 39, n° 15 ; pour une comparaison entre saisie-arrêt et action oblique, voy. *infra*, n° 52.

(139) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, op. cit., t. III, 3^e éd., pp. 207 et 208, n° 182 ; P. DELNOY, « Pour une vision nouvelle de l'action directe », *Ann. Fac. dr. Liège*, 1969, pp. 437 et s., sp. n°s 1 et 2.

(140) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, pp. 209 et 210, n° 183.

(141) *Ibid.*, t. III, pp. 210 et 211, n° 185 ; les développements de cet auteur sont particulièrement révélateurs de la similarité de raisonnement qui unit la détermination du bien saisissable et celle du droit susceptible d'être exercé par voie d'action oblique ; on peut ainsi citer l'exemple donné par l'auteur de l'ouverture de crédit (*ibid.*, n° 187) ; sur la question de la saisie de l'ouverture de crédit, voy. *infra*, n°s 366 et s.

(142) La fréquence statistique des créances de sommes d'argent comme objet de recouvrement ou de sûreté a ainsi justifié qu'une thèse consacrée aux cessions de créance y limite son champ d'investigations : « Le choix de ne traiter que les créances de sommes d'argent permet d'envisager les créances ayant le plus grand poids économique, mais également les créances les plus simples à appréhender » (E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, op. cit., p. 14, n° 16).

(143) En France, l'actuelle saisie-attribution, régie par les articles 42 de la loi du 9 juillet 1991 et 55 et s. du règlement du 31 juillet 1992, ne peut porter que sur les créances de sommes d'argent, alors que l'ancienne saisie-arrêt s'appliquait à « toutes sortes d'effets mobiliers » (voy. R. PERROT et Ph. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, op. cit., pp. 359 et 360, n°s 339 et 340).

(144) Ainsi Garsonnet se borne-t-il à évoquer les sommes et objets mobiliers qui sont dus ou qui appartiennent à son débiteur (E. GARSONNET, *Traité élémentaire des voies d'exécution*, op. cit., p. 77, n° 74) ; de même, le remarquable Précis de MM. Vincent et Prévault ne consacre qu'un seul numéro à la consistance de la créance saisie-arrêtée (J. VINCENT et J. PRÉVAULT, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, op. cit., p. 217, n° 269) ; la même brièveté se retrouve chez M. Cuche (P. CUCHE, *Précis des voies d'exécution et des procédures de distribution*, par J. VINCENT, op. cit., p. 110, n° 110bis, où n'est évoquée que la saisissabilité des comptes courants).

que la saisie-arrêt peut appréhender tous objets mobiliers, corporels ou *incorporels*, mais il n'est malheureusement fait état que des créances autres que celles attachées à la personne⁽¹⁴⁵⁾. Braas évoque *expressis verbis* la saisie d'un meuble incorporel *in se* en cette valeur que constituaient les rentes sur particulier mais sa réalisation n'empruntait pas la voie de la saisie-arrêt⁽¹⁴⁶⁾.

Selon M. de Leval, l'objet de la saisie-arrêt est constitué des « créances et autres meubles incorporels qui font partie du patrimoine du saisi dans le but final de permettre l'attribution au saisissant de ce qui se trouve chez le tiers saisi »⁽¹⁴⁷⁾. Mettant successivement l'accent sur les deux segments de cet enseignement, les auteurs évoquent tantôt un caractère *patrimonial* de l'objet saisi-arrêté, constituant à ce titre le gage des créanciers⁽¹⁴⁸⁾, tantôt, de façon plus précise, un caractère *pécuniaire* : « La saisie-arrêt [...] ne peut porter que sur des sommes d'argent ou des objets appréciables en argent, susceptibles d'être vendus ou d'être convertis en argent »⁽¹⁴⁹⁾.

26. Vue théorique : à la recherche de la patrimonialité. La possibilité d'évaluation en argent n'est pas un critère décisif ; c'est là en effet la caractéristique de toute obligation patrimoniale⁽¹⁵⁰⁾ ; l'exclusion des

(145) R.P.D.B., v° Saisie-arrêt, *op. cit.*, p. 572, n° 276.

(146) A. BRAAS, *Procédures d'ouverture des successions — Voies d'exécution — Procédures de distribution*, Liège, p. 274, n° 426 ; l'espèce est intéressante en ce que non seulement observe-t-on une défense de payer arrérages et capital, mais encore la mesure est-elle suivie d'une vente aux enchères du droit de rente lui-même ; alors régie par une loi du 15 août 1854, cette matière n'est pas présentée par l'auteur comme un type particulier de saisie-arrêt ; Leurquin précise que le créancier ne pouvait recourir à la saisie-arrêt que s'il se bornait à saisir les arrérages (Ch. LEURQUIN, *Code de la saisie-arrêt*, *op. cit.*, p. 36, n° 12bis).

(147) G. de LEVAL, *La saisie-arrêt*, *op. cit.*, p. 83, n° 54 ; voy. ég., du même auteur, *Traité des saisies*, *op. cit.*, p. 12, n° 6, où la créance de somme d'argent n'est présentée que comme une cible habituelle de la saisie-arrêt.

(148) P. DODO, *Théorie et pratique de la saisie-arrêt*, *op. cit.*, p. 99, n° 96 ; à côté des prérogatives attachées à la personne même du débiteur, l'auteur envisage dans ce passage les valeurs qui ont reçu une destination dont le débiteur n'est « ni le maître, ni le bénéficiaire », tel, par exemple, le droit de jouissance légale du père sur les biens de ses enfants ; l'appréciation de M. Dodo peut être critiquée lorsqu'il considère qu'une destination simplement conventionnelle est apte à priver de caractère patrimonial la valeur qu'un créancier souhaiterait saisir.

(149) R.P.D.B., v° Saisie-arrêt, p. 572, n° 281 (la citation de M. Nemery, qui s'inspire, comme souvent, de Ch. LEURQUIN, *Code de la saisie-arrêt*, *op. cit.*, p. 44, n° 22, est reprise comme telle et complétée par G. de LEVAL, *La saisie-arrêt*, *op. cit.*, p. 92, n° 61) ; l'auteur justifie par l'application de ce critère la saisie des titres au porteur (*ibid.*, n° 286), en omettant de signaler cependant qu'étant des meubles corporels, les titres au porteur ne ressortissent à la saisie-arrêt qu'à la condition d'être détenus par un tiers (voy., entre autres, G. de LEVAL, *La saisie-arrêt*, p. 86, n° 57) ; De Page évoque également des droits ayant valeur pécuniaire (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, *op. cit.*, t. VI, p. 630, n° 727 ; *adde ibid.*, t. VI, *Les sûretés*, p. 630, n° 727 : parlant des biens insaisissables par nature, l'auteur signale ceux qui ne présentent aucune valeur marchande et *a fortiori*, « les droits extrapatrimoniaux, la question de la saisissabilité ne se posant que pour les droits ayant une valeur pécuniaire, puisque la saisie mène forcément à la vente »).

(150) Voy., entre autres, W. van GERVEN et S. COVEMAERKER, *Verbintenisrecht*, Leuven, Acco, 2001, pp. 25 et 27.

droits à caractère extrapatrimonial est certes utile mais insuffisante. De surcroît, la patrimonialité n'est pas une notion simple et constante. M. Catala a magistralement souligné qu'un examen rapproché de l'opposition entre droits patrimoniaux et extrapatrimoniaux révélait à la fois des gradations et des transitions⁽¹⁵¹⁾. Partant du constat de la plénitude de la patrimonialité lorsque « des biens sont, à tout instant, susceptibles d'une évaluation indiscutable, en même temps que d'une cession entre vifs ou d'une transmission par décès », l'auteur relève que les qualités d'*intuitu personae* et de complexité, qui caractérisent les biens immatériels, sont des obstacles importants à cette pleine patrimonialité. À l'inverse, M. Catala note une immixtion de la vénalité dans l'extrapatrimonialité. L'illustration la plus évidente en est la réparation pécuniaire des atteintes portées à ce droit extrapatrimonial qu'est l'intégrité physique⁽¹⁵²⁾.

Deux études plus récentes ont repris cette analyse ; elles voient dans « l'accessibilité à l'échange » le véritable critère de la patrimonialité⁽¹⁵³⁾. Elles méritent évidemment qu'on s'y attarde, même si les droits des créanciers n'ont pas retenu, sauf à titre incident et très accessoire, l'attention de leurs auteurs⁽¹⁵⁴⁾. Selon M. Sériaux, « le noyau dur de la patrimonialité est donc constitué par tous les biens qui, même s'ils sont pourvus d'un légitime possesseur, ne sont pas rattachés à ce dernier au point de faire partie de son être. C'est la capacité qu'a le bien de changer indéfiniment de titulaire qui lui donne sa qualité de bien patrimonial »⁽¹⁵⁵⁾. Dans son étude des « flux et reflux transfrontaliers » entre les domaines patrimonial et extrapatrimonial déjà relevés par M. Catala, l'auteur fut amené à répondre à une objection d'un savant contradicteur. Nous reprenons in extenso cette interrogation : « Autre problème évoqué par M. Zénati : le signe de la patrimonialité ne devrait-il pas résider

(151) P. CATALA, « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », *Rev. trim. dr. civ.*, 1966, pp. 185 et s., sp. nos 25 à 28.

(152) Selon MM. Dirix et Broeckx, pareille réparation présente bien un caractère patrimonial, mais l'aspect moral y prédomine en sorte que paraît critiquable à leurs yeux l'arrêt de la Cour de cassation du 26 mai 1977 qui a intégré la créance de réparation dans le gage des créanciers (E. DIRIX et K. BROECKX, *Beslag, op. cit.*, pp. 408 et 409, n° 699) ; comp. R. PERROT et Ph. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution, op. cit.*, pp. 225 et 226, n° 213 : les auteurs insistent sur la confusion à éviter entre saisie et action oblique : le droit de demander réparation d'un dommage moral ou corporel est purement personnel, mais une fois la somme d'argent obtenue, elle tombe dans le gage des créanciers ; on pourrait même ajouter que tel est le cas dès qu'elle est due, c'est-à-dire dès que des démarches ont été opérées en vue d'en obtenir la reconnaissance.

(153) A. SÉRIAUX, « La notion juridique de patrimoine. Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *Rev. trim. dr. civ.*, 1994, pp. 801 et s., sp. pp. 804 à 806, n° 2 ; M. FABRE-MAGNAN, « Propriété, patrimoine et lien social », *op. cit.*, p. 591, n° 10.

(154) Outre le fait que le patrimoine n'y soit guère envisagé comme « gage » des créanciers de son titulaire, on constate que les auteurs, à l'instar de M. Catala d'ailleurs, s'interrogent surtout sur le caractère patrimonial des créations de l'esprit.

(155) A. SÉRIAUX, « La notion juridique de patrimoine. Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *op. cit.*, p. 806, n° 2.

dans « l'aptitude [d'un bien] à être transformé en argent pour satisfaire les créanciers » ? Ici encore une réponse négative s'impose, à notre avis. Chacun sait que les voies d'exécution, tout comme l'action oblique, sont bornées aux biens patrimoniaux non exclusivement rattachés à la personne de leur titulaire. Ne sont donc concernés par le paiement forcé que certains biens patrimoniaux et non tous. Il est par la suite difficile voire impossible d'induire par là un critère quelconque de patrimonialité » ⁽¹⁵⁶⁾.

La réplique est quelque peu décevante. Le rattachement exclusif à la personne n'est-il pas une atteinte sévère, pour des biens dont l'auteur maintient péremptoirement le caractère patrimonial, à l'accessibilité à leur échange ?

Mme Fabre-Magnan dédouble, quant à elle, ce critère d'accessibilité à l'échange, reflet de la faculté d'*abusus*, en une exigence de fait (la possibilité de séparation physique entre le sujet de droit et l'objet de droit) et une exigence de droit (le *nihil obstat* du droit positif). L'auteur utilise ces deux critères pour exclure de l'empire de la propriété les éléments du corps humain, ce qui ne nous intéresse pas directement. Elle poursuit ensuite sa réflexion quant au domaine de la propriété, qu'il revient au droit positif de définir. Sur les liens qui unissent propriété et patrimoine, Mme Fabre-Magnan se veut farouche partisane de la thèse selon laquelle l'on peut être propriétaire d'une créance : « Les créances font [...] partie du patrimoine, même si leur valeur patrimoniale est très variable, en fonction notamment de leur cessibilité qui peut être plus ou moins aisée ». Elle précise cependant qu'on n'est pas tant propriétaire d'un droit, personnel ou réel, mais plutôt « du produit potentiel, du résultat escompté, de l'exercice de ces droits » ⁽¹⁵⁷⁾.

Les enseignements de ces deux études restent dès lors tenus pour notre propos. On constate ainsi que la doctrine peine à découvrir un critère de saisissabilité. Il reste assez insatisfaisant de se borner à se référer à la patrimonialité de l'obligation, condition nécessaire mais insuffisante à justifier qu'un bien incorporel puisse être l'objet d'une saisie-arrêt. Au demeurant, le caractère patrimonial d'un bien est amené à se déterminer en fonction de données politiques et sociologiques, en sorte qu'elle est susceptible d'évolution.

27. Vue pragmatique. Quittons provisoirement une vision théorique de la matière pour examiner les cas d'extension de la saisie-arrêt à d'autres meubles incorporels que les obligations de sommes. Doctrine et jurispru-

(156) A. SÉRIAUX, « La notion juridique de patrimoine. Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *op. cit.*, p. 808, n° 3, note subp. n° 26.

(157) M. FABRE-MAGNAN, « Propriété, patrimoine et lien social », *op. cit.*, pp. 603 à 604, n°s 24 et 25.

dence ont rapidement admis l'efficacité de la saisie-arrêt à appréhender les parts sociales et actions, au-delà de la saisie du produit de l'action que représentent les dividendes⁽¹⁵⁸⁾. Abstraction faite des procédures particulières, parfois élaborées par des législations récentes⁽¹⁵⁹⁾, le droit commun a pu atteindre ces éléments patrimoniaux, malgré les entraves suscitées par la nature de ces objets, comme le constataient les professeurs Vincent et Prévault⁽¹⁶⁰⁾. On a ainsi pu surmonter le fait que l'action ne pouvait être réduite à un simple droit de créance et trouver dans le droit des sociétés, parfois tant bien que mal, des solutions aux problèmes posés par l'aspect exécutoire de la mesure, lorsqu'il s'agit de réaliser la part sociale ou l'action⁽¹⁶¹⁾. On rappellera que le recouvrement sur des titres au porteur, meubles corporels, ne revêtira la forme d'une saisie-arrêt que s'ils se trouvent entre les mains d'une autre personne que celle du débiteur.

On a également accepté que la saisie-arrêt ait pour objet les brevets d'invention et les dessins et modèles industriels⁽¹⁶²⁾ ; le sort des marques de commerce et de fabrique a, quant à lui, fait l'objet d'une certaine controverse, tenant au fait qu'il était antiéconomique d'appréhender la marque sans l'établissement qu'elle sert⁽¹⁶³⁾. Le droit français, qui se caractérise par un arsenal législatif bien plus diversifié et adapté que le nôtre aux particularités de certains meubles incorporels⁽¹⁶⁴⁾, a

(158) R.P.D.B., v° Saisie-arrêt, *op. cit.*, p. 554, n° 20 et p. 560, n° 92 ; on s'étonne cependant de lire plus loin dans cet ouvrage que la saisie de parts nominatives entre les mains de la société ne frapperait pas d'indisponibilité les actions nominatives inscrites au nom de l'actionnaire (*ibid.*, p. 572, n° 293) ; G. de LEVAL, *La saisie-arrêt*, *op. cit.*, pp. 86 à 88, n° 57 ; I. PEETERS, « Beslag op nominatieve aandelen die men bedrieglijk tracht te vervreemden — Aanstelling van een voorlopig bestuurder naast de zaakvoerder in functie », note sous Comm. Bruxelles (réf.), 14 mai 1991, T.R.V., 1992, pp. 45 et s., sp. p. 47, n° 3 ; E. DIRIX et K. BROECKX, *Beslag*, *op. cit.*, p. 422, n° 726.

(159) On pense par exemple à la saisie des « droits d'associé et des valeurs mobilières », visée aux articles 178 et s. du décret français du 31 juillet 1992.

(160) J. VINCENT et J. PRÉVAULT, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, *op. cit.*, n° 379 ; ces auteurs distinguaient la saisie des valeurs mobilières et celle des parts sociales.

(161) Voy. D. MICHIELS, « Beslag op aandelen in een BVBA », note sous Civ. Liège (sais.), 27 juin 1994, T. Not., 1995, pp. 170 et s. ; G. de LEVAL, « Saisie des meubles incorporels », in *Droit de l'exécution — Formation permanente des huissiers de justice*, Story-Scientia, 1996, pp. 85 et s., sp. pp. 119 à 128 ; s'interrogeant spécialement sur l'impact de l'absence de négociabilité des titres, l'auteur conclut : « En synthèse, les clauses statutaires conformes aux textes précités doivent, en principe, être respectés mais une inaccessibilité conventionnelle ne peut rendre l'action nominative insaisissable ; au besoin, son défaut de négociabilité peut entraîner la dissolution de la société à la demande du poursuivant sans préjudice d'une action paulienne en amont de la constitution de la société, le créancier n'est donc pas nécessairement obligé de patienter jusqu'à la liquidation de la société ».

(162) Ch. LEURQUIN, *Code de la saisie-arrêt*, *op. cit.*, pp. 63 à 65, n° 32 ; G. de LEVAL, *La saisie-arrêt*, *op. cit.*, p. 88, n° 57, note n° 109 ; *contra*, mais à tort, R.P.D.B., v° Saisie-arrêt, *op. cit.*, p. 572, n° 287, qui cite pourtant Leurquin à l'appui de son assertion.

(163) Ch. LEURQUIN, *Code de la saisie-arrêt*, *op. cit.*, pp. 65 et 66, n° 33.

(164) Voy. G. de LEVAL, « Une harmonisation des procédures d'exécution dans l'Union Européenne est-elle concevable ? », *Act. dr.*, 1995, pp. 485 et s., sp. p. 502 : « Le régime de la saisie est déterminé par le bien qu'elle appréhende. C'est pourquoi il est nécessaire d'adapter les procédures à la diversification des biens nouveaux sur lesquels les voies d'exécution peuvent s'exercer ; tel est singulièrement le cas pour les parts sociales et les valeurs mobilières, les produits bancaires et financiers, le matériel informatique, les brevets, les bateaux et les navires, les aéronefs, ... ».

néanmoins conservé une certaine souplesse pour étendre son emprise ⁽¹⁶⁵⁾.

Dans le même ordre d'idées et sans nous y attarder, il nous paraît opportun de simplement évoquer ici les mesures de recouvrement sur les comptes et de renvoyer le lecteur à la seconde partie de notre recherche pour de plus amples développements. En effet, cette allusion est significative de l'évolution des esprits quant à la notion de patrimonialité. Le caractère saisissable du solde créditeur des comptes de dépôt en banque n'a guère été mis en doute ⁽¹⁶⁶⁾. Tel ne fut pas le cas du solde provisoire du compte courant que, pendant de nombreuses années, la doctrine s'est généralement refusé à considérer comme un objet de poursuite. Le principal obstacle résidait dans l'indivisibilité qui s'y attachait tant que n'était pas intervenue sa clôture ⁽¹⁶⁷⁾. Un arrêt de la Cour de cassation de France du 13 novembre 1973 marqua un important revirement de jurisprudence en consacrant la possibilité d'appréhender le solde créditeur du compte courant au jour de la saisie ⁽¹⁶⁸⁾ ; quelques mois auparavant, la Cour de cassation de Belgique écartait le principe d'indivisibilité du compte courant pour juger si une sûreté constituée pour garantir l'éventuel solde débiteur l'avait été en période suspecte ⁽¹⁶⁹⁾ ; on a justement pu déduire de cette décision la saisissabilité du solde provisoire ⁽¹⁷⁰⁾. Le principe est désormais acquis, mais reste sujette à question l'étendue de la saisissabilité, sur laquelle nous reviendrons évidemment au cours de notre recherche ⁽¹⁷¹⁾.

Les dernières années n'ont par contre guère connu d'évolution quant à l'impossibilité de saisir les fonds provenant d'une ouverture de crédit : une telle perspective reste exclue, selon une très grande majorité

(165) Voy. ainsi le fruit du travail jurisprudentiel qui permet l'appréhension de la licence d'exploitation d'un débit de boissons (la fameuse « licence IV ») ou de l'autorisation municipale de stationnement permettant l'exercice de l'activité de taximan ; sur ces points, voy. C. BRENNER, obs. sous Trib. gr. inst. Lyon (Jex), 15 mai 2001, *Droit et procédures*, 2002, n° 1, pp. 39 et s.

(166) P. CUCHE, *Précis des voies d'exécution et des procédures de distribution*, par J. VINCENT, *op. cit.*, p. 110, n° 110bis ; R.P.D.B., v° Saisie-arrêt bancaire, *op. cit.*, p. 820, n° 47 ; nous reviendrons naturellement sur les distinctions faites entre les comptes bancaires (*infra*, n°s 143 et s.).

(167) Ch. LEURQUIN, *Code de la saisie-arrêt*, *op. cit.*, p. 67, n° 35 ; R.P.D.B., v° Saisie-arrêt, *op. cit.*, p. 574, n°s 315 et 316 ; P. CUCHE, *Précis des voies d'exécution et des procédures de distribution*, par J. VINCENT, *op. cit.*, pp. 110 et 111, n° 110bis ; une autre présentation de la justification de l'impossibilité de saisir consistait à mettre particulièrement l'accent sur l'absence de créance, même éventuelle, avant la clôture du compte (P. DODO, *Théorie et pratique de la saisie-arrêt*, *op. cit.*, p. 97, n° 94).

(168) Cass. fr., 13 nov. 1973, *D.*, 1974, Chron., p. 101 avec note J.-L. RIVES-LANGES, *Rev. trim. dr. comm.*, 1974, p. 130, obs. M. CABRILLAC.

(169) Cass. (1^{re} ch.), 18 mai 1973, *Pas.*, 1973, I, p. 873, *R.W.*, 1973-1974, p. 353, *R.C.J.B.*, 1975, pp. 62 et s. avec ét. Fr. T'KINT.

(170) G. de LEVAL, *Traité des saisies*, *op. cit.*, pp. 618 à 620, n° 3

(171) Voy. *infra*, n°s 413 et s. ; on se bornera à citer ici E. DIRIX et K. BROECKX, *Beslag*, *op. cit.*, p. 414, n° 710.

d'auteurs ⁽¹⁷²⁾, tant en raison de l'absence de créance du crédité vis-à-vis du créancier qu'en raison du caractère *intuitu personae* du droit à l'appel du crédit. Cette opinion majoritaire étant sujette à critique, nous proposerons dans la seconde partie de notre recherche une analyse plus soucieuse des intérêts du créancier ⁽¹⁷³⁾.

Dans un contexte assez proche, les crédits documentaires et les garanties indépendantes posent moins de problème. La raison en est que le principe de leur saisissabilité *in se* ne crée pas de difficulté particulière, étant donné que leur objet n'est rien d'autre qu'une créance de somme ; le débat que ces figures juridiques suscitent provient de l'impact de la paralysie des fonds saisis sur l'efficacité du mécanisme, en sorte qu'on a pu interdire au donneur d'ordre de procéder à une saisie-arrêt entre les mains des banques qui ont consenti le crédit. Le fondement de cette limitation reste néanmoins controversé ⁽¹⁷⁴⁾.

De ces quelques développements consacrés au terrain d'élection de la saisie-arrêt, nous retiendrons qu'il est extrêmement malaisé de déterminer le critère d'accession à la virtualité d'être objet de saisie. Dans cette matière assez rétive à la systématisation, l'empirisme n'est pas absent et la fortune sourit parfois à l'audacieux. Confrontée à une sophistication des éléments immatériels du patrimoine, la saisie-arrêt a su faire preuve d'une faculté d'adaptation assez remarquable, même si, parfois, l'instrument s'avère trop grossièrement ajusté à certains meubles incorporels. C'est surtout au stade de l'exécution au sens strict que la perplexité s'insinuera dans l'esprit du créancier. Dans la mesure du possible, ce dernier se tournera vers le juge des saisies qui pourrait mettre à profit sa compétence générale à connaître des difficultés d'exécution pour baliser, le cas échéant, les modalités de la valorisation de l'élément saisi. Si un tel *modus operandi* s'avère impossible, il incombera d'urgence au législateur d'y apporter remède en créant l'instrument de recouvrement adapté à tel contexte particulier, afin que cette dictature du fait sur le droit ne soit que provisoire.

(172) P. DODO, *Théorie et pratique de la saisie-arrêt*, op. cit., p. 98, n° 94 ; Ch. LEURQUIN, *Code de la saisie-arrêt*, op. cit., p. 68, n° 35bis, R.P.D.B., v° Saisie-arrêt, op. cit., p. 574, n° 318 ; R.P.D.B., v° Saisie-arrêt bancaire, op. cit., pp. 848 à 850, n°s 124 à 127 ; E. DIRIX et K. BROECKX, *Beslag*, op. cit., p. 418, n° 716 ; comp. et contra, G. de LEVAL, *Traité des saisies*, op. cit., pp. 640 à 643, n° 12.

(173) Voy. *infra*, n°s 366 et s.

(174) Sur ce point, voy. E. DIRIX et K. BROECKX, *Beslag*, op. cit., p. 419 et 420, n°s 721 et 722 ; M. FORGES, « La saisie des garanties à première demande », in *L'actualité des garanties à première demande*, Bruylant, 1998, pp. 171 et s. ; R.P.D.B., v° Saisie-arrêt bancaire, pp. 850 à 858, n°s 128 à 162 ; E. DIRIX, « Beslag op documentair krediet », note sous Cass. (1^{re} ch.), 23 juin 1994, R.W., 1994-1995, pp. 564 et s. ; L. SIMONT, obs. sous ce même arrêt de la Cour de cassation, *Rev. Banque*, 1995, pp. 107 et s.

SECTION 2

L'actualité de la débiteur

28. Présence... Le principe est clair et abondamment commenté : « Il faut qu'au moment de la saisie les sommes et effets appartiennent au débiteur »⁽¹⁷⁵⁾. La saisie ne sera pas valable si la valeur saisie-arrêtée n'est pas encore ou n'est plus dans le patrimoine du débiteur⁽¹⁷⁶⁾. Quant aux biens « passés », le créancier doit en faire son deuil, sauf l'hypothèse de la fraude.

Le meuble incorporel doit se trouver dans le patrimoine du saisi. Ainsi est inconcevable une saisie qui prétendrait appréhender des éléments d'une succession non encore ouverte, sa dévolution fût-elle régie par une institution contractuelle⁽¹⁷⁷⁾. De même, aucune créance de récompense d'un époux vis-à-vis de l'autre n'existe pendant le mariage ; une récompense ne peut en effet avoir une existence légale avant la survenance de la dissolution du régime matrimonial⁽¹⁷⁸⁾.

La saisie ne peut être faite qu'à charge d'un créancier du tiers. Nonobstant l'apparente évidence du principe ainsi exprimé, il arrive qu'un tiers saisi, tantôt de bonne foi, tantôt en raison d'une négligence plus ou moins grave, soit amené à réserver une suite favorable à une saisie faite en ses mains à charge d'un saisi alors que ce dernier n'était pas titulaire de la créance. Or, à défaut d'objet, la saisie ne pouvait prospérer. Le paiement intervenu en dépit de cette erreur relative au destinataire de la mesure pourra donner lieu à répétition d'indu contre le créancier saisissant ou à enrichissement sans cause contre le débiteur saisi — avec les aléas inhérents à pareille prétention —, dans la mesure où les conditions de ces institutions de droit civil sont rencontrées⁽¹⁷⁹⁾.

(175) Ch. LEURQUIN, *Code de la saisie-arrêt*, op. cit., p. 42, n° 19.

(176) P. DODO, *Théorie et pratique de la saisie-arrêt*, op. cit., p. 92, n° 89 ; notons que si les articles 7 et 8 de la loi hypothécaire interdisent la saisie d'un bien futur, il ne peut aucunement en être déduit que des biens apparus dans le patrimoine postérieurement à la naissance d'une obligation ne répondent pas de celle-ci, bien au contraire (P. DODO, *Théorie et pratique de la saisie-arrêt*, op. cit., p. 95, n° 91 ; P. CUCHE, *Précis des voies d'exécution et des procédures de distribution*, op. cit., p. 109, n° 110 ; G. de LEVAL, *La saisie-arrêt*, op. cit., pp. 83 et 84, n° 55 ; G. de LEVAL, *Traité des saisies*, op. cit., p. 84, n° 49 et p. 96, n° 54, C. HOUSSA, « La saisie-arrêt en matière bancaire », op. cit., p. 68).

(177) P. CUCHE, *Précis des voies d'exécution et des procédures de distribution*, op. cit., p. 110, n° 110 ; J. VINCENT et J. PRÉVAULT, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, op. cit., p. 213, n° 267 ; R.P.D.B., v° Saisie-arrêt, op. cit., p. 574, n° 314.

(178) R. PERROT et Ph. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, op. cit., p. 364, n° 347, se référant à Cass. fr. (1^{re} civ.), 18 déc. 1990, *Bull. civ.*, I, n° 293.

(179) Pour une illustration, voy. Jex Paris, 19 mai 2004, *Droit et procédures — Revue des huissiers de justice*, 2004, n° 6, pp. 334 et s., avec obs. Ph. HOONAKKER ; dans cette affaire, le tiers saisi, locataire, avait confondu son véritable créancier, une personne morale, avec un des administrateurs de celle-ci, débiteur saisi.

29. ...latence... Si le principe s'exprime aisément, la présence d'une créance dans le patrimoine du débiteur est cependant susceptible de revêtir plusieurs formes. La référence à l'article 1446 du Code judiciaire s'impose en effet immédiatement : « La saisie-arrêt conservatoire peut [...] porter sur des créances à terme, conditionnelles ou litigieuses appartenant au débiteur ». Au stade de l'exécution au sens strict, cette disposition trouve sa contrepartie dans l'article 1539, alinéa 2, du Code judiciaire⁽¹⁸⁰⁾. On rapproche utilement de cette norme de principe l'article 1455 du Code judiciaire, qui en fait l'application, en imposant au tiers saisi une déclaration complémentaire ; aux termes de cet article, « si les avoirs dont le tiers saisi est débiteur viennent à être augmentés avant la mainlevée de la saisie, il est tenu d'en informer le saisissant et le débiteur saisi, à la demande de l'un d'eux, dans les formes prévues pour la première déclaration, à moins que la prévision de cette augmentation ne figure dans la déclaration initiale ». La déclaration complémentaire est également de rigueur lorsqu'il s'agit d'une saisie-arrêt exécution (article 1539, alinéa 4, du Code judiciaire)⁽¹⁸¹⁾.

De ces textes se déduit une interprétation nettement plus souple des conditions d'existence de la créance-objet de la saisie par rapport à celles de la créance-cause de la mesure de recouvrement⁽¹⁸²⁾ : « L'objet de la saisie [...] doit seulement exister comme valeur, même fragile, dans le patrimoine du saisi au jour de la saisie »⁽¹⁸³⁾. Ce n'est là rien de bien surprenant : les créances conditionnelles ou éventuelles ont une valeur patrimoniale certaine⁽¹⁸⁴⁾. Pour paraphraser l'exigence de créance même

(180) En droit français, voy. l'article 13 de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991, qui permet la saisie des créances conditionnelles, à terme ou à exécution successive.

(181) Sur cette disposition, voy. G. de LEVAL, *La saisie-arrêt*, op. cit., pp. 226 à 228, n° 150 et R.P.D.B., op. cit., v° Saisie-arrêt bancaire, p. 879, nos 229 à 231.

(182) Évidemment, on ne perdra pas de vue que malgré la rédaction similaire des qualités que doivent revêtir les créances-causes des saisies conservatoire et voie d'exécution (comp. les articles 1415 et 1494 du Code judiciaire), une interprétation moins exigeante s'impose en matière de saisie conservatoire ; comp. et *contra* Cass. (1^{re} ch.), 5 sept. 1997, *Bull. et Pas.*, 1997, p. 821, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1.684, *J.T.*, 1998, p. 54, *T. Not.*, 1999, p. 685, *R.C.J.B.*, 2000, p. 234, avec note H. CASMAN, « La créance résultant d'un état liquidatif non approuvé ni homologué est-elle exigible au sens de l'article 1415 du Code judiciaire ? » ; *adde* la réplique à cet arrêt de G. de LEVAL, « La saisie immobilière et l'ordre », in *Chron. dr. not.*, vol. XXXII, Larcier, 2000, pp. 35 et s., sp. p. 45.

(183) G. de LEVAL, *Traité des saisies*, op. cit., p. 86, n° 49 ; voy. déjà P. CUCHE, *Précis des voies d'exécution et des procédures de distribution*, op. cit., p. 109, n° 110 ; « het derdenbeslag onderstelt...het bestaan van een rechtsverhouding tussen de beslagene debiteur en de derde-beslagene » (E. DIRIX, « Beslag op 'toekomstige' vordering », note sous Cass. (1^{re} ch.), 12 mai 1989, *R.W.*, 1989-1990, pp. 1347 à 1350 ; du même auteur, voy. « Verhaalsrechten op schuldvorderingen », op. cit., p. 150, n° 2).

(184) P. DELEBECQUE et E. PUTMAN, obs. sous Cass. fr. (2^e civ.), 13 mai 1987, *J.C.P.*, 1988, II, n° 20923, n° 4.

éventuelle⁽¹⁸⁵⁾, une expression a fait florès pour décrire le seuil critique minimal de la créance-objet : elle doit exister en germe au moment de la saisie⁽¹⁸⁶⁾. Notre Cour de cassation a consacré ces principes dans un important arrêt du 12 mai 1989⁽¹⁸⁷⁾.

30. Illustrations. Dans cette affaire, un notaire avait été chargé par une dame de vendre trois immeubles lui appartenant. Une saisie-arrêt-exécution lui fut signifiée à charge de cette dame, à un moment où l'un des immeubles avait trouvé acquéreur, sans que le prix en ait encore été payé. Les deux immeubles furent vendus par la suite. Lors de la répartition des différents prix de vente, le notaire ne tint pas compte de la saisie, estimant, à tort, qu'au moment de sa signification, cette dernière n'avait pas d'objet. Le notaire fut condamné par la cour d'appel d'Anvers sur pied des articles 1540 du Code judiciaire et 1382 du Code civil. La Cour de cassation rejeta le pourvoi formé contre cet arrêt, en décidant de façon particulièrement nette que l'article 1539 du Code judiciaire était applicable à une créance éventuelle. Les fonds provenant de la vente des trois immeubles avaient valablement pu être appréhendés par la mesure. La Cour de cassation de France s'est également prononcée en ce sens dans une espèce similaire par un arrêt du 16 février 1978⁽¹⁸⁸⁾.

(185) E. GARSONNET, *Traité élémentaire des voies d'exécution*, op. cit., p. 88, n° 87 ; H. SOLUS, *Cours de voies d'exécution*, op. cit., p. 82 ; R.P.D.B., v° Saisie-arrêt bancaire, op. cit., p. 817, n° 34 ; déjà en 1906, dans sa magistrale étude, R. Demogue estimait acquis « le point qu'une créance éventuelle peut être l'objet d'une saisie-arrêt » (R. DEMOGUE, « De la nature et des effets du droit éventuel », *Rev. trim. dr. civ.*, 1906, pp. 231 et s., sp. p. 290) ; comp. et contra J.-C. WOOG, « Le tiers saisi, Docteur Jekyll ou Mister Hyde ? », *Contr. conc. cons.*, 2002, n° 4, pp. 11 et s., sp. p. 13 ; l'auteur cite à l'appui de son opinion un arrêt de la Cour de cassation de France du 11 mai 2000 (Cass. fr., 2^e civ., 11 mai 2000, *Bull. civ.*, II, n° 77) qui a décidé que le prix de cession d'une étude notariale n'avait pas d'existence avant l'agrément ministériel ; tant l'opinion de M. Woog que cet arrêt nous paraissent contestables, même si l'article 13, alinéa 2, de la loi du 9 juillet 1991 est plus restrictif que les articles 1446 et 1539 du Code judiciaire.

(186) P. DODO, *Théorie et pratique de la saisie-arrêt*, op. cit., p. 97, n° 94 ; P. CUCHE, *Précis des voies d'exécution et des procédures de distribution*, op. cit., p. 109, n° 110 ; R.P.D.B., v° Saisie-arrêt, op. cit., p. 573, n° 304 ; J. VINCENT et J. PRÉVAULT, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, op. cit., p. 213, n° 267 ; A.-M. STRANART, « La saisie-arrêt », in *Les voies conservatoires et d'exécution — Bilan et perspectives*, Jeune Barreau de Bruxelles, 1982, pp. 83 et s., sp. pp. 108 et 109 ; G. de LEVAL, *La saisie-arrêt*, op. cit., p. 86, n° 56 et *Traité des saisies*, op. cit., p. 86, n° 49 ; J.-L. LEDOUX et V. MAYENCE, « Saisies-arrêts entre les mains d'un notaire », *Rev. Huiss.*, 1999, n° 99/2.702, pp. 49 et s., sp. p. 53, n° 9 ; M. FORGES, *La cession de rémunération et la délégation de sommes*, op. cit., p. 15, n° 23 ; E. DIRIX et K. BROECKX, *Beslag*, op. cit., p. 411, n° 705 ; M. et J.-B. DONNIER, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, op. cit., p. 302, n° 927 ; C. HOUSSA, « La saisie-arrêt en matière bancaire », op. cit., p. 69 ; E. DIRIX, « Verhaalsrechten op schuldvorderingen », op. cit., p. 150, n° 2.

(187) Cass. (1^{re} ch.), 12 mai 1989, *Bull. et Pas.*, 1989, I, p. 961, R.W., 1989-1990, p. 1347, avec note E. DIRIX, « Beslag op een 'toekomstige' vordering ».

(188) Cass. fr. (2^e civ.), 16 févr. 1978, *J.C.P.*, 1979, II, n° 19.055, avec obs. B. STEMMER et M.-F. BOST : « Attendu que la cour d'appel relève que M^e X, mandataire des parties, tenu de recevoir les fonds de l'acquéreur pour le compte des époux Grilly, en avait effectivement reçus et allait percevoir, le 4 janvier 1976, une nouvelle somme ; que l'arrêt en déduit exactement que la saisie-arrêt avait rendu indisponible entre les mains du notaire la totalité des sommes ».

Deux autres illustrations peuvent être citées dans la matière, décidément féconde pour notre propos, des transactions immobilières. Une première affaire révèle qu'une saisie-arrêt-exécution avait été signifiée le 6 décembre 2000 entre les mains d'une locataire⁽¹⁸⁹⁾. Celle-ci n'opéra aucune déclaration de tiers saisi, mais versa à l'huissier instrumentant deux loyers en janvier et février 2001 ; le 2 mars 2001, la locataire acheta aux débiteurs saisis l'immeuble qu'elle occupait ; cette acquisition était plus que pressentie au moment de la signification de la saisie puisque, relève le tribunal, l'huissier de justice avait ajouté, manuscritement, que la mesure portait également sur le prix d'achat de l'immeuble. Chargée d'apprécier une demande de condamnation du tiers saisi en application de l'article 1540 du Code judiciaire, la juridiction ordonna une première réouverture des débats afin que lui soit produit le compromis de vente sous seing privé. Il s'avéra que celui-ci avait été signé le 20 décembre 2000, soit deux semaines après la saisie, et que c'était suite à la déclaration de la mère du débiteur saisi que la mention manuscrite avait été ajoutée par l'huissier sur son exploit ; estimant que pour fonder une condamnation du tiers saisi, la créance objet de la saisie pouvait être éventuelle mais devait exister en germe au jour de la saisie, le juge invita alors les parties à s'expliquer « sur le point de savoir si, au jour de la saisie, la vente de l'immeuble était acquise même si le compromis a été signé ultérieurement ». Après avoir entendu une dernière fois les parties, le juge des saisies de Liège estima qu'au moment de la saisie, la vente avait dépassé le stade d'un projet et, citant M. de Leval, que « les pourparlers étaient suffisamment avancés pour être assimilés à un accord de principe ».

Dans la seconde affaire, le tribunal civil de Liège était saisi d'une action en responsabilité contre un notaire⁽¹⁹⁰⁾. Il était reproché à ce dernier de n'avoir pas respecté les instructions, données par un promoteur immobilier, de verser à un créancier hypothécaire certaines sommes issues de ventes successives d'appartements. Le notaire soutenait que des saisies-arrêts formées antérieurement entre ses mains l'en avaient empêché. Le tribunal lui donna gain de cause : « En vertu de l'article 1446 du Code judiciaire, la créance objet de la saisie peut être à terme, conditionnelle ou litigieuse ; il est ainsi admis qu'il suffit que la créance éventuelle existe au moins en germe au moment de la saisie ; il faut, mais il suffit d'une créance présentant des indices suffisants de concrétisation actuelle ou future, de l'existence d'un cadre juridique nécessaire à la réalisation du résultat escompté par le débiteur saisi. En l'espèce, des saisies-arrêts ont été pratiquées les 14 janvier, 8 avril, 4 et 22 septembre 1998, soit à

(189) Civ. Liège (sais.), 9 oct. 2002, 13 nov. 2002 et 18 déc. 2002, inédites, R.G. n° 02/508.

(190) Civ. Liège (7^e ch.), 16 janv. 2004, inédit, R.G. n° 01-3977 ; cette décision a été confirmée par la Cour d'appel de Liège (Liège (12^e ch.), 6 déc. 2005, encore inédit, RG 2004/1290).

une période postérieure à la vente authentique de cinq appartements dans une résidence en comportant encore plusieurs à vendre ; deux actes de vente sous seing privé ont été passés fin 97 et deux le 8 avril et 24 juin 1998 ; les actes authentiques y relatifs seront passés les 2 février, 9 avril et 17 septembre 1998. Au vu de cette chronologie et compte tenu de la nature de l'opération en cause (vente d'appartements dans une même résidence), le tribunal estime que la créance objet de la saisie était bien en germe au moment de la saisie et qu'elle s'est concrétisée peu après » ⁽¹⁹¹⁾.

31. Germe... d'incertitude ? À la lecture de cette dernière espèce, on ne peut taire une certaine imprévisibilité des solutions déduites du critère de la créance en germe ⁽¹⁹²⁾. En témoigne également la fameuse affaire *Pennec*, donc eut à connaître à deux reprises la Cour de cassation de France ⁽¹⁹³⁾. Dans cette affaire, la Caisse autonome de retraite des médecins français avait opéré une saisie-arrêt à charge du docteur Pennec entre les mains de la Caisse primaire de sécurité sociale de Béziers. En dépit de la négation du médecin que la Caisse lui dût quoi que ce soit au moment de la saisie et à la déclaration « prudente » de cette dernière, la cour d'appel de Montpellier avait validé la mesure, en énonçant qu'il suffisait que la dette du tiers saisi « [fût] éventuelle, comme c'[était] le cas en l'espèce par le jeu des institutions sociales ». Par son arrêt du 3 mars 1971, la Cour de cassation cassa la décision : « En ne précisant pas quelle créance Pennec possédait déjà en germe contre ladite Caisse primaire, la cour d'appel n'[avait] pas donné une base légale à sa décision ».

Cet arrêt suscita les interrogations de M. Raynaud dans sa chronique de jurisprudence ; selon le savant auteur, « Est-ce à dire qu'il faut

(191) Sur les problèmes posés par la saisissabilité des acomptes versés par un candidat acheteur à un notaire par ailleurs chargé d'obtenir la purge amiable des inscriptions hypothécaires, voy. B. CARTUYVELS, « Comptabilisation des acomptes », in *Les garanties financières offertes par le notariat*, Fédération royale des notaires de Belgique, 1989, pp. 189 et s.

(192) Pour répandre qu'elle soit, l'expression n'en est pas moins jugée obscure par d'éminents auteurs (R. PERROT et Ph. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, op. cit., p. 264, n° 347 ; R. MARTIN, *Saisie-attribution*, op. cit., p. 3, n° 26) ; voy. l'exemple donné par K. Broeckx pour illustrer la distinction entre créance en germe et créance future : « Stel dat aan de notaris een compromis m.b.t. de verkoop van een huis werd overgemaakt. De schuldvordering van de beslagen debiteur-verkoper van het huis t.a.v. de notaris tot doorstorting van het saldo van de verkoopprijs, is een schuldvordering in wording. Werd evenwel op het tijdstip van het beslag aan de notaris nog geen kennis gegeven van een onderhandse verkoop van een onroerend goed, dan betreft het een eventuele toekomstige schuldvordering, die niet moet vermeld worden in de verklaring van derde-beslagene. Werd de notaris alleen maar gelast met de verkoop van de verkoop van een onroerend goed, waarvoor hij nog geen koper vond, dan zal hij toch reeds een positieve verklaring moeten afleggen, onder alle voorbehoud » (K. BROECKX, « Derdenbeslag — De plichten van de notaris als derde-beslagene », op. cit., pp. 40 et 41, n° 38).

(193) Cass. fr. (2^e civ.), 3 mars 1971, *Bull. civ.*, 1971, II, p. 61, n° 89, *Gaz. Pal.*, 19-21 mai 1971, *J.C.P.*, 1971, IV, n° 5391 ; Cass. fr. (2^e civ.), 14 nov. 1973, *Bull. civ.*, 1973, p. 239, n° 297.

que le droit éventuel que l'on prétend saisir doive nécessairement résulter d'un contrat antérieur à la saisie... ? On voit difficilement pourquoi il faudrait traiter différemment un droit de même nature parce qu'il aurait une autre source et notamment pourquoi le « jeu des institutions sociales » n'aurait pas le même effet que celui des règles contractuelles, pourquoi « le germe de créance » nécessaire au moment de la saisie devrait résulter nécessairement d'un contrat ? Peut-être faut-il distinguer plutôt les droits qui peuvent naître d'une situation concrète, acte ou fait juridique déterminé et déjà acquis, de ceux qui ne pourront être engendrés que par le déclenchement ultérieur d'une règle générale et abstraite. Le laconisme de l'arrêt ne permet pas de répondre à la question qu'il suggère » ⁽¹⁹⁴⁾.

Sur renvoi, la cour d'appel de Nîmes valida à nouveau la saisie-arrêt, mais en des termes qui reçurent, cette fois, un satisfecit de la part de la Cour de cassation : « Attendu que l'arrêt énonce que le docteur Pennec est médecin conventionné de la Caisse primaire d'assurance maladie et que celle-ci lui verse périodiquement des honoraires [...], que cette créance d'honoraires d'un médecin conventionné se trouve en germe de façon permanente dans les obligations de la Caisse primaire de sécurité sociale, pour le compte de laquelle il exerce, par le simple jeu de la convention passée entre cette caisse et le médecin, en application des règles du régime de droit commun de la sécurité sociale ; que l'arrêt ajoute que la réponse prudente faite par un rédacteur de la Caisse primaire de sécurité sociale de Béziers, lors de la notification de la saisie-arrêt, ne nie pas l'existence de la dette éventuelle de ladite caisse en germe dans la convention ». Dès lors, on pouvait justifier la cassation initiale par la motivation insuffisante de la cour d'appel de Montpellier et apaiser par là les inquiétudes exprimées par le professeur Raynaud. L'efficacité de la saisie-arrêt en sortait renforcée.

32. Évolution du droit français. La réforme française de 1991 a cependant fait apparaître un nouvel écueil sur la route du créancier saisissant ; l'article 13 de la loi du 9 juillet 1991 ne permet en effet que la saisie de « créances conditionnelles, à terme ou à exécution successive ». La doctrine en a déduit une distinction entre la créance à exécution successive, qui est une « créance unique dérivant d'un même contrat » et les créances distinctes car nées de contrats distincts au sein d'une convention-cadre ⁽¹⁹⁵⁾. Les indemnités de sécurité sociale payées aux professionnels de la santé dans le contexte de conventions de tiers payant constituent

(194) P. RAYNAUD, « Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé », *Rev. trim. dr. civ.*, 1971, pp. 707 et 708, n° 8.

(195) R. PERROT et Ph. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, op. cit., pp. 388 et 389, n° 366.

précisément le terrain d'élection de ces dernières⁽¹⁹⁶⁾. Par conséquent, leur saisie-attribution est défavorisée, son emprise se limitant aux montants dus pour prestations exécutées antérieurement à la mesure⁽¹⁹⁷⁾. La Cour de cassation française a récemment consacré ce point de vue par un arrêt du 13 juin 2002⁽¹⁹⁸⁾.

Qu'en est-il en droit belge ? Nous estimons que la solution française ne peut y être transposée, au regard du libellé actuel des articles 1446 et 1539, alinéa 2, du Code judiciaire. Contrairement au système belge, le droit français de l'exécution a évolué de la façon la plus nette qui soit, en matière de saisie des créances, vers la consécration du droit de priorité au premier saisissant. Une telle évolution ne pouvait que passer par une limitation de l'indisponibilité déduite de la poursuite. Les articles 43 et 75 de la loi française du 9 juillet 1991 sont parfaitement clairs à cet égard, en ce qui concerne tant la saisie-attribution que la saisie conservatoire⁽¹⁹⁹⁾.

33. Appréciation du système belge et suggestions. La conception large que nous prôtons en droit belge présente le substantiel avantage de réduire nettement l'intérêt des discussions sans fin relatives à la date de naissance des créances et aux distinctions entre créances en germe, conditionnelle ou éventuelle.

(196) Voy. ainsi Rennes (2^e ch.), 7 janv. 1998, *Rev. (fr.) huiss. just.*, 1998, p. 1145 : « Une convention de tiers payant conclue entre un professionnel de la santé et une caisse primaire d'assurance maladie ne peut avoir pour effet de rendre dès l'origine le premier titulaire d'une créance à exécution successive sur la seconde. En effet, seul l'accomplissement des soins donnés à des assurés sociaux ou des prestations effectuées pour leur compte par les professionnels de la santé fait naître par le mécanisme de la subrogation, les créances certes successives, mais distinctes, de ceux-ci sur une caisse primaire d'assurance maladie. Dès lors, la saisie-attribution pratiquée dans ce cadre ne peut emporter attribution au profit du saisissant que des sommes correspondant aux prestations déjà effectuées à la date de la saisie et non de celles ultérieurement dues au débiteur saisi pour des prestations postérieures à la saisie ».

(197) Voy. les observations de R. PERROT, « Jurisprudence en matière de droit judiciaire privé », *Rev. trim. dr. civ.*, 1995, pp. 968 à 969, critiquant un précédent arrêt rendu en sens contraire par la même cour d'appel de Rennes (Rennes, 26 mai 1995, *J.C.P.*, 1995, II, n° 22.508, avec obs. E. PUTMAN) : « Le principe de l'obligation de payer assumée par le tiers saisi...résultait certes de la convention de « tiers payant », mais aucune des créances considérées n'avait sa source dans cette convention. Chaque créance prenait naissance isolément à l'occasion de chacun des transports effectués » ; en ce sens ég., M. et J.-B. DONNIER, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, op. cit., pp. 302 et 303, n° 928.

(198) Cass. fr. (2^e civ.), 13 juin 2002, *D.*, 2002, I.R., p. 2.659 avec obs.

(199) Selon l'article 43, alinéa 1^{er}, de la loi du 9 juillet 1991, « L'acte de saisie emporte, à concurrence des sommes pour lesquelles elle est pratiquée, attribution immédiate au profit du saisissant de la créance disponible entre les mains du tiers ainsi que de tous ses accessoires. Il rend le tiers personnellement débiteur des causes de la saisie dans la limite de son obligation » ; selon l'article 75, alinéa 1^{er}, de la même loi, « lorsque la saisie porte sur une créance ayant pour objet une somme d'argent, l'acte de saisie la rend indisponible à concurrence du montant autorisé par le juge ou, lorsque cette autorisation n'est pas nécessaire, à concurrence du montant pour lequel la saisie est pratiquée. La saisie emporte de plein droit consignation des sommes indisponibles et produit les effets prévus à l'article 2075-1 du Code civil ».

En France, en effet, le moment de la naissance des créances contractuelles fait couler beaucoup d'encre. Selon une théorie dite classique, la créance contractuelle naît dès la formation du contrat. Cet enseignement a été contesté, eu égard à la priorité dont bénéficie, en cas de survenance d'une procédure collective, les créances qui constituent la contrepartie de prestations postérieures à la survenance du concours. À suivre la théorie classique, étant nées antérieurement, une telle préférence devrait être exclue. L'article L 621-32 du Code de commerce ne confère en effet un sort privilégié qu'aux créances nées postérieurement au prononcé du jugement d'ouverture de la procédure. Certains auteurs critiquent dès lors la thèse classique et soutiennent que les créances de rémunération naissent de l'exécution du contrat et que les créances de réparation naissent de son inexécution ⁽²⁰⁰⁾.

La controverse s'est également cristallisée en France autour d'un autre aspect des procédures collectives, en raison de la priorité reconnue au créancier premier saisissant d'une créance de somme. Il s'agit de la délicate question du maintien de l'efficacité d'une saisie-attribution de créance à exécution successive en cas de survenance ultérieure d'une procédure collective. Il n'est pas besoin d'insister sur l'enjeu économique essentiel de cette controverse ; l'effet attributif diminue d'autant l'actif de la masse, bien nécessaire pour tenter un redressement de l'entreprise, ou, dans les cas désespérés mais les plus fréquents de liquidation, contourne l'allocation en principe égalitaire et en toute hypothèse soumise à déclaration de créance. Après quelques années d'incertitude due à l'antagonisme existant entre la jurisprudence de sa deuxième chambre civile et celle de sa chambre commerciale, la Cour de cassation de France a tranché la difficulté en chambre mixte par un arrêt du 22 novembre 2002, en consacrant le triomphe de la saisie-attribution sur la procédure collective ⁽²⁰¹⁾.

La solution reste critiquée : « Rien n'apparaît plus incertain dans la théorie des obligations que la détermination de [la] date de naissance [d'une créance] » ⁽²⁰²⁾. La théorie classique maintient son opposition à une naissance de l'obligation différée par rapport à la formation du

(200) F. BARON, « La date de naissance des créances contractuelles à l'épreuve du droit des procédures collectives », *Rev. trim. dr. comm.*, 2001, pp. 1 et s.

(201) Cass. fr. (ch. mixte), 22 nov. 2002, *D.*, 2002, pp. 3270 et s., avec obs. A. LIENHARD, *J.C.P.*, 2003, II, n° 10.033, avec note D. HOUTCIEFF, « "Vérité au-delà des procédures collectives, erreur en deçà" : la saisie-attribution d'une créance à exécution successive poursuit ses effets sur les sommes échues après le jugement d'ouverture », *D.*, 2003, pp. 445 et s., avec note Chr. LARROUMET.

(202) Chr. GARREAU, « La saisie-attribution, la procédure collective et la date de naissance des créances contractuelles », *Rev. trim. dr. civ.*, 2004, pp. 413 et s., sp. p. 415, n° 3.

contrat⁽²⁰³⁾. Un auteur a récemment tenté de réconcilier les deux courants : étant donné qu'on ne peut dénier le fait que l'échange des consentements produit des effets, l'argumentation recourt à la distinction entre « l'obligation et le droit de créance qui n'en est en réalité que l'effet, et non l'autre face »⁽²⁰⁴⁾.

La créance conditionnelle comme objet de poursuite a également nourri la discussion juridique en France. Ainsi, M. Bourdillat, critiquant la jurisprudence de la Cour de cassation française limitant les poursuites des créanciers sur des créances « simplement » éventuelles, écrit : « Après que le réformateur des procédures civiles et fiscales d'exécution ait rétabli le fameux « prix de la course » pour les saisies-attributions et autres avis à tiers détenteurs en raison de l'effet attributif qu'apportaient ces mesures, la Cour de cassation lui oppose désormais le « faux départ » »⁽²⁰⁵⁾. L'auteur insiste à juste titre sur les perspectives de fraude que promeut une telle jurisprudence⁽²⁰⁶⁾.

Ces controverses peuvent être contournées en Belgique et les partisans d'un droit performant du recouvrement s'en réjouiront. L'indisponibilité qui s'attache à une saisie-arrêt de droit belge reste incontestablement plus intense. Elle est donc susceptible de paralyser un avoir incorporel d'une grande importance⁽²⁰⁷⁾. Les risques d'abus ne

(203) Selon M. Larroumet, l'argument selon lequel « la naissance d'une créance de prix résulte de l'exécution de la contre-prestation » est « une pure confusion entre la date de naissance d'une créance et celle de son exigibilité » (Chr. LARROUMET, note citée, p. 447, n° 7) ; *adde* M. SÉNÉCHAL, *L'effet réel de la procédure collective : essai sur la saisie collective du gage commun des créanciers*, *op. cit.*, pp. 492 à 496, n°s 466 et 467, qui estime que « d'un point de vue strictement juridique, il semble... que la thèse majoritaire selon laquelle la créance à exécution successive naît une seule fois, à la conclusion du contrat, doit être préférée » ; néanmoins et à juste titre à nos yeux, ce dernier auteur cherche ailleurs, en l'occurrence dans le droit des procédures collectives, une raison pour priver la saisie-attribution d'effets postérieurs à la survenance de la procédure collective ; il n'y parvient cependant qu'en opportunité (*ibid.*, pp. 496 à 503, n°s 469 à 474).

(204) Chr. GARREAU, « La saisie-attribution, la procédure collective et la date de naissance des créances contractuelles », *op. cit.*, p. 416, n° 7 ; selon l'auteur, « la distinction entre l'obligation et l'effet de l'obligation permet de considérer que, quelle que soit la modalité — terme suspensif ou condition suspensive — sous laquelle elle a été contractée, les créances ne naissent pas avec l'obligation, au moment de la conclusion du contrat, mais au moment de la réalisation du terme ou de la condition » (*ibid.*, p. 421, n° 20).

(205) J.-J. BOURDILLAT, obs. sous Cass. fr. (com.), 13 mars 2001, *Droit et procédures*, 2001, n° 4, pp. 250 et s., sp. p. 251, n° 2 ; comp. et contra : Ph. THÉRY, « Chronique de jurisprudence civile générale — Sûretés — Procédures civiles d'exécution », *Defr.*, 2001, pp. 939 et s., n° 37390, sp. pp. 46 à 48, n° 59, qui approuve l'arrêt de la haute juridiction en écrivant, en conclusion : « La solution retenue par la chambre commerciale illustre, en réalité, un aléa constamment présent dans le droit de l'exécution : avant l'heure, ce n'est pas l'heure, après l'heure, ce n'est plus l'heure... ».

(206) Sur les incertitudes qui entourent en droit belge le concept d'obligation sous condition suspensive, voy. Ph. GÉRARD, « Vers une définition nouvelle de l'obligation sous condition suspensive », note sous Cass. (1^{re} ch.), 15 mai 1986, *R.C.J.B.*, 1990, pp. 106 et s., sp., p. 111, n° 3, note 6 ; sur l'obligation éventuelle, voy. J.-J. BOURDILLAT, obs. citées sous Cass. fr. (com.), 13 mars 2001, p. 252, n° 5.

(207) Ainsi, voy. Civ. Bruxelles (sais.), 24 avr. 2003, inédit, R.G. n° 03-225 ; dans cette affaire, la saisie-arrêt avait été formée à charge d'une compagnie aérienne entre les mains de l'International

peuvent être négligés. À nos yeux, l'état de la législation reste cependant équilibré, en raison du droit absolu du débiteur saisi au cantonnement sur saisie conservatoire, tiré de l'article 1403 du Code judiciaire, éventuellement lié à l'obtention, dans les formes du référé, d'une décision réduisant l'importance du montant de la créance cause de la saisie⁽²⁰⁸⁾. Le tiers saisi, inconfortablement pris entre le marteau et l'enclume, pourra quant à lui se sortir d'embarras en faisant usage du cantonnement de l'objet de la saisie prévu à l'article 1407 du Code judiciaire.

Peut-être pourrait-on pondérer mieux encore les intérêts respectifs en suggérant, *de lege ferenda* et au stade conservatoire, une modification de l'article 1445 du Code judiciaire. Comme on le sait, cette disposition permet qu'une saisie-arrêt conservatoire soit formée par un créancier qui ne dispose ni d'une autorisation préalable du juge des saisies, ni d'un jugement reconnaissant le fondement de sa créance en application de l'article 1414 du même Code, pourvu qu'il dispose d'un titre privé⁽²⁰⁹⁾. Cette faveur ne nous paraît plus guère se justifier en ce début de 21^e siècle au regard de la dématérialisation du patrimoine⁽²¹⁰⁾. Un contrôle préalable par le juge des saisies de la célérité et de l'existence d'une créance, à moins que le créancier ne dispose d'un titre au fond, permettrait de réduire les abus, sans préjudice de l'obligation générale de loyauté du créancier lorsqu'il exerce des poursuites⁽²¹¹⁾.

Air Transport Association, en abrégé IATA, qui, via de nombreux bureaux nationaux, collecte l'argent reçu des passagers par les agences de voyages ; les sommes transférées par ces dernières de façon périodique sont ensuite transférées à chacune des compagnies affiliées au système selon leurs droits ; la compagnie aérienne qui subissait la saisie-arrêt soutenait que seuls les fonds qui lui étaient dus par IATA au moment de la formalisation de la poursuite tombaient sous le coup de cette dernière, à l'exclusion des sommes ultérieurement liquidées ; elle déduisait l'existence d'un compte courant des relations très complexes existant entre IATA et les différentes compagnies aériennes, entre autres de la mise en place d'un système de clearing ; le juge des saisies refusa cette vision des choses : « Attendu que la demanderesse ne peut être suivie lorsqu'elle affirme que sa relation financière avec la IATA se fait en compte courant comme pour une banque ; que rien ne prouve qu'existe entre ces personnes une convention de compte courant au sens bancaire ; qu'il s'ensuit que le saisissant est fondé à saisir entre les mains du tiers tout ce que celui-ci doit au débiteur saisi ».

(207) Comp. et *contra*, mais au prix d'une appréciation qui nous paraît excessivement pessimiste et qui ne prend pas en considération l'institution du cantonnement-prélèvement : A. WILLEMS, « L'aspect bancaire des saisies conservatoires et des saisies arrêt de somme d'argent », in *L'aménagement du droit de l'exécution dans l'espace communautaire — Bientôt les premiers instruments*, Éditions juridiques et techniques, Collection Passerelle, 2003, pp. 191 et s., sp. p. 196.

(208) Sur la nature de ce titre privé, voy. G. de LEVAL, obs. sous Civ. Bruxelles (sais.), 21 sept. 1981, *J.T.*, 1981, p. 692, *La saisie-arrêt*, *op. cit.*, sp. p. 144, n° 92, « Saisie des meubles incorporels », *op. cit.*, sp. pp. 137 à 140 et in « Saisie des meubles incorporels (II) », Formation permanente des huissiers de justice, Story-Scientia, 1999, sp. pp. 224 et 225 ; J.-L. LEDOUX, *Les saisies — Chronique de jurisprudence (1989-1996)*, Larcier, Dossiers du Journal des tribunaux, n° 15, 1997, sp. pp. 93 à 95, n° 106 ; voy. ég. Fr. DUBOIS, « Saisir-arrêter conservatoirement sur base d'un extrait de compte bancaire : oui ou non ? », note sous Bruxelles (3^e ch.bis), 27 juin 1985, *Ann. dr. Liège*, 1986, pp. 54 et s.

(209) Comp. A.-M. STRANART, « La saisie-arrêt », *op. cit.*, p. 94, qui s'exprimait, en 1982, en faveur du maintien de cette particularité très ancienne de la saisie-arrêt malgré les critiques qui lui furent successivement opposées lors des travaux préparatoires du Code de procédure civile et du Code judiciaire.

(210) Sur l'obligation de loyauté, qui serait « en droit judiciaire l'expression de la théorie de l'abus de droit et du principe de proportionnalité », voy. M.-Th. CAUPAIN et E. LEROY, « La loyauté : un modèle pour un petit supplément d'âme ? », in *Mélanges Jacques van Compernelle*, Bruylant, 2004, pp. 67 et s. ; *adde* S. GUINCHARD, « Quels principes directeurs pour les procès de demain ? », *eod. loc.*, pp. 201 et s., sp. pp. 211 et s.

En conclusion, à notre estime, le critère de la créance en germe, malgré ses imperfections, doit être conservé par principe. Un contrat-cadre, qu'il intervienne dans le contexte de la sécurité sociale ou dans celui de la construction immobilière, emporte dès sa signature la naissance de droits réciproques en germe. Le système paraît efficace et équilibré, sous la surveillance du juge des saisies à qui il reviendra de se forger une conviction après un débat contradictoire. Le maintien de principe de la créance en germe pour jauger l'objet de la saisie ne s'oppose pas cependant à ce que certains aménagements puissent lui être apportés. Nous verrons dans la seconde partie de notre recherche que la nature monétaire de l'avoir en compte, déduite de l'obligation assumée par l'établissement de crédit et de l'infrastructure mise en œuvre pour y satisfaire, ainsi que le caractère exogène de l'alimentation du compte, justifie des solutions dérogatoires au principe ⁽²¹²⁾.

34. ... et évanescence patrimoniale. Au moment de la saisie-arrêt, le meuble incorporel doit encore se trouver dans le patrimoine du débiteur ⁽²¹³⁾. Paiement, cession et compensation sont les principaux cas de disparition de l'assiette de la saisie-arrêt. Il s'agit là d'une application du principe selon lequel le créancier suit la foi de son débiteur et trouve le patrimoine de ce dernier dans l'état qui est le sien au moment de la mesure de recouvrement, sous réserve du cas de l'opération frauduleuse sanctionnée par l'article 1167 du Code civil ⁽²¹⁴⁾. Nous reviendrons longuement, dans notre titre consacré aux effets de la saisie-arrêt, sur les implications concrètes de l'opposabilité au créancier saisissant des actes antérieurement posés par le débiteur ⁽²¹⁵⁾. Contrairement à une partie de la doctrine, nous ne sommes pas partisan d'une extension débridée du principe d'opposabilité ⁽²¹⁶⁾.

35. Innocuité de la mesure sur la teneur de la créance. Nous terminons ce chapitre en précisant que la substance de la créance saisie-arrêtée n'est pas modifiée par le fait de la saisie. Elle reste assortie du terme ou de la condition qui en constituent la modalité ⁽²¹⁷⁾. De même, si l'obligation saisie est annulable, ou résoluble, la poursuite s'avèrera *in*

(212) Voy. *infra*, n°s 181 et s.

(213) P. DODO, *Théorie et pratique de la saisie-arrêt*, *op. cit.*, p. 98, n° 95 ; Ch. LEURQUIN, *Code de la saisie-arrêt*, *op. cit.*, pp. 85 à 89, n°s 49 à 51 ; R.P.D.B., v° Saisie-arrêt, *op. cit.*, p. 575, n°s 339 à 344 ; E. DIRIX et K. BROECKX, *Beslag*, *op. cit.*, p. 410, n° 702 ; R. PERROT et Ph. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, *op. cit.*, pp. 366 à 368, n° 349.

(214) Ch. LEURQUIN, *Code de la saisie-arrêt*, *op. cit.*, pp. 88 et 89, n° 51.

(215) Voy. *infra*, n°s 66 et s.

(216) Sur ce point, voy. *infra*, n°s 46 et s., ainsi que 78 et s.

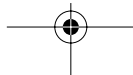
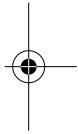
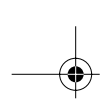
(217) E. DIRIX, « Verhaalsrechten op schuldvorderingen », *op. cit.*, p. 152, n° 5 : « Het is ook mogelijk dat de omvang van de gehoudenheid van de derde bepaald wordt door de werking van een termijn of een voorwaarde. Dit moduleren van de rechtsverhouding zal aan de beslaglegger tegenwerpelijk zijn ».

fine sans objet ou valable selon la suite des événements⁽²¹⁸⁾. On ne négligera donc pas les impacts de l'admission de la saisie d'une créance assortie de modalités, qu'elle soit à terme ou simplement en germe ; l'exigibilité effective de l'objet de la créance saisie peut être repoussée très loin dans le temps : à la survenance d'un sinistre provoquant la débiteur d'une indemnité⁽²¹⁹⁾, à l'expiration d'un usufruit, à la défaillance d'un autre débiteur du saisi, emportant l'exigibilité de la dette d'une caution tiers-saisie⁽²²⁰⁾. Comme ce fut également le cas au paragraphe précédent, il nous a paru nécessaire de signaler dès maintenant cet élément qui sera approfondi lors de l'examen des effets de la saisie-arrêt.

(218) *R.P.D.B.*, v° Saisie-arrêt, *op. cit.*, p. 573, n° 301 ; G. de LEVAL, *La saisie-arrêt*, *op. cit.*, pp. 85 et 86, n° 56 et, du même auteur, commentaire sous Cass., 12 mai 1989, in *J.C.J.*, La Charte, p. 1446/3.

(219) Pour les droits déduits d'un contrat d'assurance-vie (créance d'indemnité, participation aux bénéfices et valeur de rachat), voy. les développements de DODO, *Théorie et pratique de la saisie-arrêt*, *op. cit.*, pp. 92 à 95, n° 90 ; R. Perrot et Ph. Théry estiment, texte à l'appui, que la faculté de rachat du souscripteur de l'assurance-vie est strictement attachée à sa personne, en sorte que sa mise en œuvre par voie d'action oblique est inconcevable (R. PERROT et Ph. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, *op. cit.*, p. 369, n° 350).

(220) Ces trois exemples sont repris de Ch. LEURQUIN, *Code de la saisie-arrêt*, *op. cit.*, p. 62, n° 31 par le *R.P.D.B.*, v° Saisie-arrêt, *op. cit.*, p. 573, n°s 307, 308, 310.



CHAPITRE 2

LA PRÉSENCE D'UN TIERS

36. Plan. Le lien juridique que la saisie-arrêt permet d'appréhender suppose, par essence, l'existence d'une personne distincte du débiteur saisi, appelée tiers saisi⁽²²¹⁾. Cette personne doit être à la fois tiers par rapport au saisi et débiteur envers lui⁽²²²⁾, ce que nous examinerons en premier lieu (section I). Signalons d'ores et déjà que la deuxième condition ne nous retiendra plus ici, étant donné qu'il ne s'agit que de l'aspect passif d'une condition que nous avons évoquée dans le premier chapitre sous sa facette active. Plus spécialement, nous ne reviendrons pas sur le fait que le créancier saisissant ne peut nier les modalités du lien juridique entre le débiteur saisi et le tiers saisi. Dans un second temps, nous évoquerons deux hypothèses où le schéma triangulaire classique paraît quelque peu malmené : la saisie-arrêt sur soi-même et la saisie-arrêt oblique (section II).

SECTION I

Le tiers saisi, être juridique distinct du débiteur et autonome

37. Illustrations. Au début du 20^e siècle, Leurquin inventoriait comme tiers potentiels les mandataire, commissionnaire, courtier, consignataire, banquier, huissier ou notaire ayant instrumenté pour le débiteur, dépositaire, créancier gagiste, gérant d'une société dont le débiteur est membre, voiturier, entrepreneur de transports par terre ou eau et l'exécuteur testamentaire⁽²²³⁾. Il excluait par contre les personnes au service du

(221) La prééminence du rôle tenu par le tiers saisi est telle qu'un auteur français évoque un « glissement du contentieux de la saisie-attribution vers celui opposant le saisissant au tiers saisi » (J.-C. WOOG, « Le tiers saisi, Docteur Jekyll ou Mister Hyde », *op. cit.*, sp. p. 12).

(222) P. CUCHE, *Précis des voies d'exécution et des procédures de distribution*, *op. cit.*, p. 92, n° 92, repris par J. VINCENT et J. PRÉVAULT, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, *op. cit.*, p. 197, n° 250 ; « Het beslag moet gelegd worden in handen van een rechtssubject dat te onderscheiden is van de debiteur » (E. DIRIX et K. BROECKX, *Beslag*, *op. cit.*, p. 425, n° 732).

(223) Ch. LEURQUIN, *Code de la saisie-arrêt*, *op. cit.*, p. 135, n° 92 ; nous avons volontairement omis de l'énumération de l'auteur, reprise comme telle par le R.P.D.B. (v° Saisie-arrêt, *op. cit.*, p. 558, n° 69), les « tuteur ou mari après la fin de la tutelle ou du mariage » et « le curateur de faillite après la clôture de celle-ci » ; ces exemples nous paraissent peu judicieux en ce qu'ils sont influencés, ainsi qu'on le soulignera, par une conception erronée de la représentation juridique et de ses effets (voy. *infra*, n° 39).

débiteur car, dans pareille hypothèse, le meuble corporel ou l'argent restaient en possession du débiteur⁽²²⁴⁾ ; l'auteur écartait également les représentants légaux du débiteur, en raison, prétendait-il, de la confusion des personnalités juridiques⁽²²⁵⁾.

38. Altérité du tiers saisi. Intuitivement, on conçoit que le caissier d'un magasin ne soit pas tiers saisi. Les deniers comptants trouvés chez le débiteur seront dénombrés par l'huissier de justice et déposés par lui « au lieu établi pour les consignations », comme le prévoit expressément l'article 1506, alinéa 2, du Code judiciaire dans le cadre de la saisie mobilière. Comment cependant justifier plus précisément cette solution ?

Le fait que le caissier ne soit pas propriétaire des fonds, en l'absence d'application du principe dit de fongibilité de la monnaie⁽²²⁶⁾, est irrelevant. En effet, le dépositaire n'est pas plus propriétaire du meuble corporel dont il a la garde et cette circonstance justifie précisément le recours à la saisie-arrêt ; nul ne doute qu'il puisse être tiers saisi. Par ailleurs, on nierait vainement l'existence, dans le chef du caissier, d'une obligation de remise des fonds : le contrat de travail l'impose tacitement sinon explicitement. Comme l'observait pertinemment Japiot en 1911, il y a quelque incohérence à « négliger le fait que le préposé, qui détient une somme pour le compte du préposant, en est débiteur envers celui-ci, comme le mandataire envers le mandant »⁽²²⁷⁾.

Selon Vincent et Prévault, le tiers doit jouir d'un pouvoir propre sur les effets sans qu'existe dans son chef de lien de subordination à l'égard du saisi⁽²²⁸⁾. MM. Donnier approuvent ce critère du pouvoir propre : « Le tiers saisi doit être extérieur au rapport de droit existant entre le créancier saisissant et le débiteur saisi. Or, pour cela, il doit être démarqué totalement du saisi. Toute la question se ramène à savoir si le tiers n'est qu'un instrument entre les mains du saisi, considéré comme

(224) Voy. ég. en ce sens : P. DODO, *Théorie et pratique de la saisie-arrêt*, op. cit., p. 127, n° 126 ; R.P.D.B., v° Saisie-arrêt, op. cit., p. 559, n° 81.

(225) En ce sens également, mais à tort, R.P.D.B., v° Saisie-arrêt, op. cit., p. 559, n° 82.

(226) Ce principe, en vertu duquel toute personne devient propriétaire des sommes d'argent en sa possession et dont nous apercevrons les limites dans de prochains développements (*infra*, n° 167), ne s'applique pas dans l'hypothèse d'un caissier, en raison de l'absence de confusion de l'argent de caisse avec l'argent du caissier.

(227) R. JAPIOT, « Jurisprudence française en matière de procédure civile », *Rev. trim. dr. civ.*, 1911, p. 870.

(228) J. VINCENT et J. PRÉVAULT, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, op. cit., pp. 198 à 200, n°s 250 à 252 ; voy. déjà en ce sens H. SOLUS, *Cours de voies d'exécution*, op. cit., p. 83 ; P. RAYNAUD, « Jurisprudence en matière de procédure civile », *Rev. trim. dr. civ.*, 1944, p. 59, n° 15 ; selon MM. Vincent et Prévault, « d'une manière générale, on peut considérer qu'une personne a la qualité de tiers par rapport au saisi lorsque ce dernier ne peut prendre possession des effets qui lui sont dus sans recourir à une action en justice » ; P. Cuhe proposait déjà ce critère de l'action judiciaire nécessaire à obtenir la remise des fonds ou meubles (P. CUCHE, *Précis des voies d'exécution et des procédures de distribution*, op. cit., p. 93, n° 93) ; en ce sens également, J. MIGUET, *Saisie-attribution — Conditions générales*, op. cit., p. 12, n° 60.

détenant toujours les fonds à travers lui, ou bien s'il a un pouvoir propre et autonome qui en fait un étranger par rapport à celui-ci et le rend apte à être tiers saisi [...] La qualité de tiers est liée à l'impossibilité par le débiteur de se mettre en possession de ce qui lui est dû sans recourir à une action en justice »⁽²²⁹⁾. Nous n'avons pas recensé de critères plus satisfaisants, même si nous devons reconnaître, avec M. Perrot, qu'il n'est pas d'une clarté aveuglante⁽²³⁰⁾.

39. Représentation. Quant aux hypothèses des représentants légaux, nous estimons, avec la doctrine moderne, que la représentation ne suppose nullement la confusion des personnes⁽²³¹⁾. Contrairement à ce que pensait Dodo, qui évoquait ces cas de figure comme hypothèses où la même personne serait à la fois débiteur saisi et tiers saisi⁽²³²⁾, nous ne voyons pas d'unité de personnalité juridique entre un tuteur et son pupille, pas plus qu'entre l'avocat et son client⁽²³³⁾ ; en réalité, « la représentation ne fait pas disparaître la personnalité du représentant »⁽²³⁴⁾. Il n'est, dès lors, pas surprenant qu'une même personne juridique puisse cumuler les qualités de débiteur saisi et de tiers saisi⁽²³⁵⁾.

(229) M. et J.-B. DONNIER, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, op. cit., p. 294, nos 903 et 904 ; en ce sens également : R. PERROT et Ph. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, op. cit., pp. 371 et 372, n° 353 ; J.-C. WOOG, « Le tiers saisi, Docteur Jekyll ou Mister Hyde ? », op. cit., p. 14 ; comp. P. ESMEIN, « La location des coffres-forts et la saisie des objets qu'ils contiennent », op. cit., p. 355 : « Si l'on ne peut concevoir la saisie-arrêt entre les mains du préposé [...], ce n'est pas pour la raison théorique qu'étant préposé sa personne se confond avec celle du patron, mais parce que la saisie peut s'opérer, et de façon complète et sans lacune, en s'attaquant au patron lui-même ».

(230) R. PERROT, « Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé », *Rev. trim. dr. civ.*, 1978, p. 197, n° 10.

(231) M. et J.-B. DONNIER, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, op. cit., p. 294, n° 904 ; R. MARTIN, *Saisie-attribution*, op. cit., p. 6, n° 73.

(232) P. DODO, *Théorie et pratique de la saisie-arrêt*, op. cit., p. 130, n° 129 ; en ce sens également, H. SOLUS, *Cours de voies d'exécution*, op. cit., p. 85 ; notons que pour erronée qu'elle fût, leur appréciation permettait néanmoins la saisie entre les mains du représentant, solution qui était *in fine* légale.

(233) A.-M. STRANART, « La saisie-arrêt entre les mains d'un avocat », *J.T.*, 1985, pp. 693 et s., sp. p. 693, n° 3 ; la question resta cependant longtemps controversée ; voy. P. RAYNAUD, « Jurisprudence en matière de procédure civile », *Rev. trim. dr. civ.*, 1944, p. 59, n° 15 ; quelques décisions mieux fondées furent prononcées en France durant les années cinquante (voy., du même auteur, « Jurisprudence française en matière de procédure civile », *Rev. trim. dr. civ.*, 1956, p. 198, n° 13), mais sans unanimité (*Rev. trim. dr. civ.*, 1960, pp. 543 et 544, n° 11 ; *Rev. trim. dr. civ.*, 1966, pp. 158 et 159, n° 8) ; sur la saisie entre les mains d'un avocat, voy. *infra*, nos 335 et 336.

(234) P. RAYNAUD, « Jurisprudence en matière de procédure civile », *Rev. trim. dr. civ.*, 1955, p. 717, n° 14.

(235) Voy. ainsi Versailles, 28 oct. 2004, *Gaz. Pal.*, 18 et 19 mars 2005, p. 6 : « En cas de saisie-attribution pratiquée entre les mains du liquidateur amiable d'une société ayant décidé de sa dissolution par anticipation, ce liquidateur occupe la double position de débiteur saisi, en tant que représentant légal de celle-ci, et de tiers saisi dès lors qu'il est détenteur de fonds pour le compte de la société aux fins et dans les conditions d'usage déterminées par les articles L. 237-1 et suivants du Code de commerce au titre de sa mission de liquidation ».

40. Opacité des relations juridiques pour le saisissant. Deux constats s'imposent. En premier lieu, comme nous avons déjà eu l'occasion de le souligner ci-avant, il ne sera pas toujours aisé pour le créancier, en raison des informations souvent lacunaires dont il dispose, d'analyser correctement les relations juridiques qui lient le tiers avec son débiteur⁽²³⁶⁾. L'exemple du garde-meubles cité par le *Répertoire pratique de droit belge* est révélateur⁽²³⁷⁾ ; il a été jugé que les meubles déposés par le débiteur en garde-meubles devaient faire l'objet d'une saisie-exécution. Il n'était pourtant pas inconcevable d'analyser la situation comme un dépôt. Également délicate est la question de la saisie d'un véhicule dans un garage⁽²³⁸⁾. C'est pour cette raison que nous avons prôné une simplification du droit positif, mais dans une voie différente de celle du droit français⁽²³⁹⁾.

En second lieu et en amont, l'identification du tiers débiteur lui-même ne sera pas toujours une sinécure. Ainsi, MM. Perrot et Théry écrivent-ils : « [La] question de l'existence de la créance saisissable se pose rarement dans l'absolu, mais plutôt sous la forme suivante : sachant que le saisi est effectivement créancier, qui, au moment de la saisie, en est le débiteur ? »⁽²⁴⁰⁾. On pense immédiatement aux nombreuses allocations que connaît le droit social⁽²⁴¹⁾. En France, la saisie des fonds reçus par un avocat et destinés à son client a fait l'objet d'un débat quant à l'identité, en cas de poursuite contre ce client, du tiers saisi : avocat ou Caisse des règlements pécuniaires des avocats ? Par un arrêt du 9 janvier 2003⁽²⁴²⁾, la Cour de cassation de France a consacré la position défendue par MM. Perrot et Théry⁽²⁴³⁾, selon laquelle seule la Caisse des règlements pécuniaires des avocats est susceptible d'être tiers saisi. En Belgique, la question de l'appréhension de telles sommes est également débattue, mais sous un autre aspect, en l'absence de Caisse

(236) H. Solus ne faisait pas un autre constat en 1946 (*Cours de voies d'exécution*, Paris, p. 81) ; *adde* les interrogations de M. Woog quant aux champs d'application respectifs de la saisie-attribution et de la saisie des valeurs mobilières (J.-C. WOOG, « Le tiers saisi, Docteur Jekyll ou Mister Hyde ? », *op. cit.*, p. 13).

(237) R.P.D.B., v° Saisie-arrêt, *op. cit.*, p. 559, n° 79 ; *adde* le cas, plus marginal, des objets se trouvant chez un hôtelier (*ibid.*, n° 80).

(238) Voy. les observations successives de P. RAYNAUD, « Jurisprudence en matière de procédure civile », *Rev. trim. dr. civ.*, 1951, pp. 435 et 436, n° 41, *Rev. trim. dr. civ.*, 1952, p. 552 et 553, n° 22, *Rev. trim. dr. civ.*, 1953, p. 751, n° 18.

(239) Voy. *supra*, n° 23.

(240) R. PERROT et Ph. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, *op. cit.*, p. 365, n° 347.

(241) Ainsi, une juridiction a admis qu'une saisie-arrêt puisse être formée entre les mains de l'O.N.Em. dans la mesure où l'organisme de paiement, même s'il est doté de la personnalité juridique, est son mandataire légal (Civ. Mons (sais.), 20 févr. 1992, J.T. 1993, p. 72).

(242) Cass. fr. (2^e civ.), 9 janv. 2003, D., 2003, I.R., p. 314, avec obs., *Droit et procédures*, 2003, n° 4, pp. 251 et s., avec note E. PUTMAN ; voy. ég. la recension de cet arrêt in J.C.P., 2003, Act., p. 117, n° 53.

(243) R. PERROT et Ph. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, *op. cit.*, p. 374, n° 354.

des règlements pécuniaires de l'avocat. Il s'agit, de façon générale, du thème du statut des comptes recelant des fonds destinés à autrui. Nous y reviendrons longuement dans la seconde partie de notre recherche ⁽²⁴⁴⁾.

Lorsque le tiers saisi n'est pas parfaitement connu au moment de l'autorisation qu'il octroie, le juge des saisies pourrait, selon MM. DIRIX et BROECKX, désigner dans son ordonnance les qualités qui le révéleraient sans contestation possible au moment de la saisie ⁽²⁴⁵⁾.

SECTION 2

Figures complexes

41. Saisie-arrêt sur soi-même. Dans le schéma classique auquel nous nous sommes référé jusqu'à présent, la saisie-arrêt est une figure triangulaire ⁽²⁴⁶⁾, mettant en présence un créancier saisissant, un débiteur saisi et un tiers saisi. Il est cependant concevable que le créancier saisissant et le tiers saisi se confondent en la même personne en cas de saisie-arrêt sur soi-même. La validité d'une telle saisie n'est plus débattue en doctrine ⁽²⁴⁷⁾, qui insiste surtout sur le respect de l'exigence de célérité et des exigences que doit rencontrer la créance-cause de la saisie ⁽²⁴⁸⁾.

Il est classiquement enseigné que l'utilité de pareil mécanisme se rencontre lorsque les conditions de la compensation légale ne sont pas encore remplies. Celui qui y procède évite de la sorte un paiement à un créancier, qui est par ailleurs son débiteur et dont la solvabilité est dou-

(244) Voy. *infra*, n°s 304 et s.

(245) E. DIRIX et K. BROECKX, *Beslag*, *op. cit.*, pp. 424 et 425, n° 731.

(246) Voy. E. DIRIX et K. BROECKX, *Beslag*, *op. cit.*, pp. 399 à 406, n°s 677 à 689, qui comparent la saisie-arrêt avec d'autres figures triangulaires (actions oblique et directe, cession de créance, délégation, etc.) ; voy. ég. E. DIRIX, « Verhaalsrechten op schuldvorderingen », *op. cit.*, p. 152 à 155, n°s 6 à 11.

(247) Voy. déjà A. WAHL, « Jurisprudence en matière de procédure civile », *Rev. trim. dr. civ.*, 1902, p. 701, n° 145 ; *adde* R. PERROT, « Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé », *Rev. trim. dr. civ.*, 1982, p. 215, n° 13 et *Rev. trim. dr. civ.*, 1989, p. 147, n° 10 ; en droit français, depuis la réforme de 1991, voy. M. et J.-B. DONNIER, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, *op. cit.*, pp. 296 à 298, n°s 910 à 913 et J. MIGUET, *Saisie-attribution — Conditions générales*, *op. cit.*, pp. 13 à 14, n°s 70 à 77 ; un récent arrêt de la Cour de cassation de France révèle la pratique de saisies-attributions sur soi-même (Cass. fr. (2^e civ.), 16 déc. 2004, *Droit et procédures*, 2005, n° 3, pp. 175 et s., avec obs. E. PUTMAN).

(248) G. de LEVAL, « Saisie des meubles incorporels », in *Droit de l'exécution — Formation permanente des huissiers de justice*, *op. cit.*, pp. 140 et 141 ; J.-L. LEDOUX, *Les saisies — Chronique de jurisprudence 1989-1996*, *op. cit.*, p. 96, n° 108 ; E. DIRIX et K. BROECKX, *Beslag*, *op. cit.*, pp. 425 et 426, n° 733 ; Th. VAN SINAY, « Over bewarend derdenbeslag in eigen handen », *R.W.*, 1985-86, pp. 815 et s.

teuse⁽²⁴⁹⁾. Une intéressante décision de la cour d'appel de Bruxelles révèle une hypothèse de saisie-arrêt formée par un établissement de crédit entre ses propres mains⁽²⁵⁰⁾. La saisie-arrêt conservatoire avait été signifiée pour sûreté d'une créance que la banque détenait sur un de ses clients, administrateur délégué d'une société anonyme faillie, en raison d'un engagement de caution en faveur de cette dernière. L'objet de la saisie-arrêt était le solde créditeur d'un compte du client.

42. Saisie-arrêt oblique. Il se peut également que la saisie-arrêt, mesure conservatoire ou voie d'exécution, mette en scène quatre personnes et que, de la sorte, le triangle se mue en rectangle⁽²⁵¹⁾ ; le Code judiciaire le prévoit expressément en ses articles 1445, alinéa 2, et 1539, alinéa 3 : « En cas d'inaction de son débiteur, le créancier peut, par application de l'article 1166 du Code civil, former la même procédure »⁽²⁵²⁾.

Ces dispositions, qui se réfèrent ainsi expressément à la figure de l'action oblique, ne paraissent pas connaître plus de succès dans la pratique que l'institution dont ils font application. On relève néanmoins un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 24 septembre 2002⁽²⁵³⁾. Un créancier impayé de l'État congolais sollicitait l'autorisation de procéder en lieu et place de son débiteur à une saisie-arrêt à charge de la Banque centrale du Congo entre les mains de la Banque Belgo-laise. La cour refusa l'octroi de la saisie oblique, estimant que la situation du débiteur du propre débiteur du requérant, en l'espèce la Banque centrale du

(249) J.-F. JEUNEHOMME, obs. sous Civ. Tournai (1^{re} ch.), 11 mars 1987, *J.L.M.B.*, 1987, pp. 891 et s. ; pour des cas d'application postérieurs aux études doctrinales précitées, voy. Civ. Charleroi (sais.), 15 avr. 1997, *J.T.*, 1997, p. 665 ; voy. ég. Liège (7^e ch.), 2 juin 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 1649 ; notons que cette dernière affaire concernait une saisie-arrêt conservatoire de l'administration de la T.V.A. sur elle-même ; sans nous étendre sur un sujet qui ne relève pas directement de notre propos, il importe de noter que le mécanisme de retenue de solde créditeur T.V.A., élaboré en application de l'article 76, § 1^{er}, C. T.V.A., ne peut être comparé à une véritable saisie-arrêt sur soi-même qu'en cas d'existence d'un véritable crédit d'impôt dans le chef de l'assujetti ; or, l'article 8.1 de l'A.R. du 29 décembre 1969 tend également à permettre à l'administration de ne pas restituer un crédit d'impôt purement fictif généré par des fraudes, habituellement les carrousels T.V.A. ; les textes gagneraient en clarté à distinguer précisément les deux hypothèses et à ne se référer à la figure de la saisie-arrêt sur soi-même que pour le premier cas de figure, ce qui serait de nature à apaiser les difficultés suscitées par cette mesure (voy. ainsi Cass. (1^{re} ch.), 3 janv. 2003, *T.F.R.*, 2003, pp. 620 et s., avec note F. VAN-BIERVLIET, « De BTW-inhouding zet een stap terug naar een gewoon bewarend beslag ») ; sur cette question en général, voy. A. MARCHAL, « Pour une réforme harmonique des procédures I.S.R. et T.V.A. », *Rev. dr. ULg.*, 2004, pp. 503 et s., sp. pp. 526 à 548, n^{os} 51 à 100.

(250) Bruxelles (8^e ch.), 2 oct. 2001, *R.W.*, 2003-2004, p. 223 (err., p. 360).

(251) J.-C. WOOG, « Le tiers saisi, Docteur Jekyll ou Mister Hyde ? », *op. cit.*, p. 12 ; à la suite de MM. Perrot et Théry (R. PERROT et Ph. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, *op. cit.*, pp. 371 et 372, n^o 353), l'auteur insiste à juste titre sur les exigences particulières que suppose la transposition de cette figure rectangulaire à la saisie-attribution.

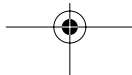
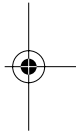
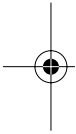
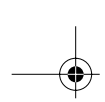
(252) En France, la figure a été consacrée par un arrêt de la Cour de cassation du 25 septembre 1940 (P. RAYNAUD, « Jurisprudence en matière de procédure civile », *Rev. trim. dr. civ.*, 1940-1941, p. 333, n^o 12).

(253) Bruxelles (17^e ch.), 24 sept. 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1734 (somm.), également disponible dans son intégralité sur le site www.juridat.be.

Congo, ne justifiait pas de la condition de célérité⁽²⁵⁴⁾. Nous n'insisterons pas plus longuement sur la saisie-arrêt oblique, eu égard à son moindre intérêt pratique⁽²⁵⁵⁾.

(254) Il est intéressant de relever que le requérant invoquait également l'existence d'une simulation, faisant valoir que « les paiements des débiteurs de l'État congolais sont effectués sur des comptes ouverts au nom de la Banque centrale du Congo et que l'État congolais paye ses débiteurs [n.d.a. : il nous paraît qu'il faut lire « créanciers »] depuis des comptes bancaires de la Banque centrale du Congo » ; à cet argument, la cour a répondu qu'il n'y avait pas de simulation en l'absence de décision secrète, la pratique étant connue de tous ; la cour rappela enfin qu'en application de la jurisprudence de la Cour de cassation, la saisie-arrêt conservatoire à pratiquer, lorsqu'il est établi que le véritable titulaire du compte, ouvert au nom d'une autre personne juridique, est le débiteur du créancier, doit l'être à charge du débiteur du créancier et non pas à charge de la personne juridique au nom duquel le compte a été ouvert ; sur cette question en particulier, voy. *infra*, n° 339.

(255) Voy. G. de LEVAL, *La saisie-arrêt*, *op. cit.*, p. 38, n° 18.



TITRE 2

LES EFFETS DE LA SAISIE-ARRÊT

43. Objet du présent titre. Après avoir, dans un premier titre, examiné quel est l'objet de la saisie-arrêt, il nous incombe maintenant d'approfondir les conséquences de cette mesure. Par le mécanisme que la loi lui reconnaît, le créancier interdit au débiteur de son débiteur d'exécuter son obligation vis-à-vis de ce dernier et détourne, du moins s'il dispose d'un titre exécutoire, l'accomplissement de cette dette à son profit. On constate donc que la saisie-arrêt dévie de sa destinée naturelle l'obligation sur laquelle elle porte. Dans un premier temps, cette obligation se retrouve figée dans le patrimoine de son titulaire originel. Ensuite, le cas échéant, elle va être divertie de ce patrimoine et voir son exécution enrichir celui du créancier saisissant, à supposer du moins qu'aucun autre créancier ne se soit manifesté pour également profiter du produit de la poursuite.

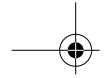
De telles conséquences ne sont pas banales. On réalise immédiatement qu'il s'agit là d'une dérogation au principe de la relativité des conventions, puisque le créancier saisissant se voit conférer par la loi le droit de paralyser, puis de réclamer à son profit, l'exécution d'une obligation dont il n'est pas titulaire ⁽²⁵⁶⁾. Il ne peut cependant être question de porter atteinte aux prérogatives du débiteur de l'obligation saisie-arrêtée. Aussi, comme nous l'avons déjà souligné incidemment, le tiers débiteur ne verra pas sa situation aggravée en raison de la poursuite dont fait l'objet son propre créancier ⁽²⁵⁷⁾.

Ce n'est pas tout. Le tiers saisi n'est pas seul à ressentir les effets de la saisie-arrêt. Ceux-ci vont irradier, dans une certaine mesure, d'autres partenaires du saisi. Ainsi, par exemple, toute cession de la créance saisie-arrêtée, postérieure à la saisie, sera inopposable au créancier saisissant. On constate donc que les conséquences de la saisie-arrêt sont intimement liées à la délicate question du rayonnement des relations juridiques.

L'étude de l'équilibre que doit atteindre le droit positif, tiraillé entre ces tendances notablement contradictoires, représente l'objet du

(256) G. de LEVAL, *La saisie-arrêt*, op. cit., p. 294, n° 189 : « La saisie-arrêt oblige le tiers saisi à exécuter son obligation au profit du saisissant dans la mesure de sa dette envers le saisi » ; ce faisant, le tiers saisi éteindra néanmoins son obligation vis-à-vis de son créancier direct.

(257) Voy. *supra*, n° 35.



présent titre. Une telle analyse s'impose d'autant plus que le principe de l'opposabilité aux tiers des relations juridiques est souvent invoqué pour réduire les prérogatives du créancier qui procède à une saisie-arrêt contre son débiteur, ou plus généralement, les droits des créanciers sur le patrimoine de leur débiteur ⁽²⁵⁸⁾.

44. Plan du titre II. En fait, la relation qu'entretient la saisie-arrêt avec l'efficacité des relations juridiques vis-à-vis des tiers participe tantôt de la soumission, tantôt de la subversion. Dans un premier chapitre, nous constaterons en effet, après avoir rappelé les principes, affinés au fil du temps, de relativité et d'opposabilité, que le créancier doit subir les modalités, positives ou négatives à son égard, de l'obligation qu'il entend saisir (section I). Une comparaison avec d'autres figures dites triangulaires soutient cette conclusion (section II).

Dans un second chapitre, nous établirons que la formalisation d'une saisie-arrêt comporte par ailleurs un effet d'emprise qui est susceptible d'altérer l'efficacité, vis-à-vis du saisissant, des conventions librement intervenues entre le saisi et ses autres partenaires. À l'appui de cette démonstration, nous opérerons une translation des principes des procédures collectives vers cette mesure individuelle qu'est la saisie-arrêt (section I) et examinerons ensuite les conséquences concrètes de l'emprise réalisée par la saisie-arrêt (section II).

(258) Il est symptomatique de constater que deux des trois illustrations que donne M. Cornelis de l'opposabilité des conventions aux tiers sont en réalité des cas très controversés, en l'occurrence l'opposabilité du cantonnement amiable et celle de l'extension conventionnelle de la connexité permettant compensation après faillite (L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Intersentia, 2000, p. 347, n° 282).

CHAPITRE I

SAISIE-ARRÊT ET OPPOSABILITÉ

45. Plan du chapitre. La question du rayonnement, vis-à-vis des tiers, des conventions ou, plus généralement, des relations juridiques, a fait l'objet de nombreuses et remarquables contributions. Ce terme de rayonnement a particulièrement été mis au goût du jour par la remarquable thèse de J. Duclos, qui définit l'opposabilité comme « la qualité reconnue à un élément de l'ordre juridique par laquelle il rayonne indirectement hors de son cercle d'activité directe » ⁽²⁵⁹⁾. La métaphore a été poursuivie naguère par Mme Guelfucci-Thibierge : « [le] rayonnement de force obligatoire, puissant pour les parties, soumises à la totalité de ses effets de droit, s'atténue pour les sous-contractants, concernés par un effet ponctuel, jusqu'à se transformer en un rayonnement plus diffus d'opposabilité ; ce dernier est lui-même susceptible de degrés dans la mesure où l'opposabilité est forte pour les tiers liés aux parties par un lien de droit alors qu'elle ne constitue plus que le halo d'un fait social quelconque pour les tiers étrangers aux parties » ⁽²⁶⁰⁾.

Il s'impose de rappeler dans une première section les principes généraux ainsi mis à jour, spécialement en ce qu'ils s'appliquent au créancier (section I). Ensuite, il s'agira, pour reprendre la terminologie de M. Duclos, de déterminer la mesure de l'opposabilité des rapports juridiques au tiers, en l'occurrence le créancier saisissant, par un des acteurs directs de la relation juridique ⁽²⁶¹⁾, en l'occurrence le tiers saisi (section II).

(259) J. DUCLOS, *L'opposabilité (Essai d'une théorie générale)*, L.G.D.J., 1984, p. 22, n° 2-1.

(260) C. GUELFUCCI-THIBIERGE, « De l'élargissement de la notion de partie au contrat...à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif », *Rev. trim. dr. civ.*, 1994, pp. 275 et s., sp. p. 276, n° 4.

(261) Selon M. Duclos, cette question est la plus délicate de l'objet de son étude (J. DUCLOS, *L'opposabilité (Essai d'une théorie générale)*, *op. cit.*, p. 24, n° 2-4).

SECTION I

La relativité et l'opposabilité des relations juridiques en général

46. Première approche. Le principe de la relativité des effets des conventions ⁽²⁶²⁾, exprimé par les articles 1119 et 1165 du Code civil et longtemps considéré comme une vérité d'évidence, ne pourrait, à l'extrême limite ⁽²⁶³⁾, s'appliquer de façon absolue que dans une société dont les membres vivraient en autarcie ⁽²⁶⁴⁾. L'imbrication croissante des rapports sociaux a au contraire nécessité une présentation moins abrupte des préceptes applicables, révélant le principe de l'opposabilité des conventions aux tiers ⁽²⁶⁵⁾, voire, plus généralement, celui de l'opposabilité

(262) On a maintes fois dénoncé la confusion entre les effets du contrat et les effets de l'obligation ; il reste que la plupart des auteurs cantonnent la force obligatoire du contrat à l'impérativité du respect des obligations qu'il a créées ; cette vision est trop réductrice, estime une doctrine récente, qui a entendu démontrer que « la force obligatoire du contrat ne se réduit pas à son contenu obligationnel » (P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *Rev. trim. dr. civ.*, 1999, pp. 771 et s., sp. p. 774, n° 4) ; selon l'auteur, l'effet obligatoire du contrat consiste tant en l'assujettissement des parties à lui qu'en une référence pour le juge ; cet assujettissement des parties signifie « que les parties ne peuvent pas faire comme si le contrat n'avait pas été passé, que leur situation juridique est irrémédiablement modifiée par le contrat » (*ibid.*, p. 789, n° 25 et 26) ; l'analyse de M. Ancel séduit incontestablement lorsqu'il l'applique aux contrats conclus sous condition suspensive (p. 800, n° 43) et à la clause pénale stipulée en cas de résolution à charge de l'auteur de l'inexécution (p. 802, n° 46) ; on trouve des développements similaires dans la thèse de M. Duclos (J. DUCLOS, *L'opposabilité (Essai d'une théorie générale)*, *op. cit.*, pp. 72 et 73, n° 48) ; ainsi que nous l'avons vu, cette conception a été reprise et développée par la doctrine française hostile au maintien de l'efficacité d'une saisie-attribution de loyers postérieurement à la survenance d'une procédure collective (voy. *supra*, n° 33).

(263) Comp. D. MARTIN, Préface à J. DUCLOS, *L'opposabilité (Essai d'une théorie générale)*, *op. cit.*, p. 15, qui voit dans la fonction de relation, « qui est de l'essence de l'opposabilité, une exigence suprême de viabilité de tout système juridique ».

(264) Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les obligations*, Cujas, 1999-2000, 10^e éd., p. 379, n° 650 ; P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *op. cit.*, p. 804, n° 49 ; C. GUELFUCCI-THIBIERGE, « De l'élargissement de la notion de partie au contrat... à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif », *op. cit.*, p. 275, n° 1 ; J. GHESTIN, « Les effets du contrat à l'égard des tiers — Introduction », in *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 227, 1992, pp. 4 et s., sp. pp. 9 et 10, n° 5 ; R. SAVATIER, « Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats », *Rev. trim. dr. civ.*, 1934, pp. 525 et s. ; au-delà de cette constatation, on a récemment insisté sur l'intérêt qu'il y a de cesser d'envisager la relation contractuelle comme une relation entre deux personnes seulement (M.-L. MATHIEU-IZORCHE, « Une troisième personne bien singulière ou « 2 + 1 = tout autre chose » », *Rev. trim. dr. civ.*, 2003, pp. 51 à 56).

(265) Si le principe de l'opposabilité des effets externes du contrat n'est plus discuté aujourd'hui, il n'en va pas de même de son fondement (C. ALTER, « Les effets externes du contrat », in *Comm. prat. obligations*, Kluwer, 2002, pp. 104 et 105, n° 3.7) ; voy. sur ce point les développements de M. Ancel qui, critiquant tant les auteurs qui prétendent « ramener l'opposabilité du contrat à celle des droits que le contrat fait naître ou transfère » que ceux qui voient dans le contrat « un fait social qui s'impose à tous », écrit : « [ces] normes qui, en raison de leur origine privée, n'ont en principe qu'un effet personnel limité, n'en sont pas moins, en ce qu'elles procèdent d'une habilitation légale, obligatoires pour tout le monde. La norme qui dit, qui « statue » que tel contractant devient débiteur, que telle personne devient propriétaire, que tel tribunal est compétent pour régler les litiges entre tels contractants [...] cette norme s'impose à tout le monde, et tout sujet de droit est tenu de la respecter. En

des éléments juridiques⁽²⁶⁶⁾. On constate en effet, avec M. Duclos, l'impossibilité de justifier les exigences particulières de protection des tiers, telles, par exemple, celles prévues aux articles 1^{er} et suivants de la loi hypothécaire, si l'on part du postulat que les éléments juridiques sont en principe inopposables⁽²⁶⁷⁾.

L'affinement de l'analyse s'est exercé tant sur l'appréhension des effets des conventions que sur la définition du tiers⁽²⁶⁸⁾. Nous ne développerons pas cette dernière et délicate question⁽²⁶⁹⁾, qui continue à faire couler beaucoup d'encre, étant donné que cette qualité est désormais incontestablement reconnue au créancier de parties contractantes⁽²⁷⁰⁾.

d'autres termes si l'obligationnel, dans le contrat, ne concerne en principe que les parties, l'obligatorité, elle, est nécessairement générale » (P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *op. cit.*, pp. 804 à 807, n^{os} 50 à 53 et sp. p. 807, n^o 53).

(265) J. DUCLOS, *L'opposabilité (Essai d'une théorie générale)*, *op. cit.*, p. 35, n^{os} 12.1 et 12.2 : « La division principale des éléments juridiques s'effectue d'après la forme et la substance. C'est-à-dire prosaïquement, d'après le contenant et le contenu, selon que l'on privilégie la source créatrice ou le résultat de celle-ci » (c'est l'auteur qui souligne) ; pareille distinction permet de surmonter les impasses auxquelles accule une opposabilité reconnue trop chichement aux seules conventions ou aux seuls droits subjectifs ; sur ce point, voy. J. DUCLOS, *ibid.*, p. 65, n^o 42 et p. 69, n^o 47 et p. 181, n^o 150, qui montre la nécessité d'un « enchaînement et un cumul d'opposabilités ».

(266) J. DUCLOS, *L'opposabilité (Essai d'une théorie générale)*, *op. cit.*, p. 26, n^o 4.

(267) J. GHESTIN, « Les effets du contrat à l'égard des tiers — Introduction », *op. cit.*, pp. 10 et 11, n^o 5 ; S. BAR, « Les effets internes du contrat », in *Comm. pret. obligations*, Kluwer, 2002, p. 27, n^o 1.3 à 1.5.

(268) « Les tiers s'opposent aux parties, c'est-à-dire a priori aux personnes qui ont conclu le contrat. Mais la distinction est singulièrement compliquée par l'existence de catégories intermédiaires qui possèdent avec les parties des liens tendant à rapprocher plus ou moins leur situation de celle des parties elles-mêmes. On distingue les ayants cause universels, les ayants cause à titre particulier et les créanciers, dont certains sont simplement chirographaires tandis que d'autres sont titulaires d'un droit spécial sur un élément du patrimoine de leur débiteur. La catégorie résiduelle est celle des pénitits extranei, que l'on appelle aussi parfois tiers absolus ou étrangers » (J. GHESTIN, « Les effets du contrat à l'égard des tiers — Introduction », *op. cit.*, p. 19, n^o 12) ; pour un rappel approfondi de la distinction, voy. S. STIJNS, « Les contrats et les tiers », *op. cit.*, pp. 98 à 205, n^{os} 17 à 30 ; sur le caractère polysémique de la notion de tiers, voy. J. DABIN, « De la signification du mot « tiers » dans l'article 1^{er} de la loi hypothécaire (16 décembre 1851), et spécialement de la position du preneur à bail », note sous Cass. (1^{re} ch.), 8 avr. 1957, *R.C.J.B.*, 1958, pp. 95 et s. ; E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden*, Maarten Kluwer's Internationale Uitgeversonderneming, 1984, pp. 21 à 46, n^{os} 1 à 46 ; D. M. PHILIPPE, « La simulation et la protection des tiers », note sous Cass. (1^{re} ch.), 11 déc. 1987, *R.C.J.B.*, 1993, pp. 49 et s. ; sur la notion de tiers dans l'article 1165 du Code civil et les « débats sans fin » qui s'y attachent (J. DUCLOS, *L'opposabilité (Essai d'une théorie générale)*, *op. cit.*, p. 25, n^o 3), *adde* : J.-L. AUBERT, « À propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers », *Rev. trim. dr. civ.*, 1993, pp. 263 et s. ; C. GUELFUCCI-THIBIERGE, « De l'élargissement de la notion de partie au contrat... à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif », *Rev. trim. dr. civ.*, 1994, pp. 275 et s. ; J. GHESTIN, « Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers », *Rev. trim. dr. civ.*, 1994, pp. 777 et s. ; voy. enfin la construction doctorale de Ph. DELMAS SAINT-HILAIRE, *Le tiers à l'acte juridique*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 333, 2000.

(269) E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden*, *op. cit.*, p. 38, n^o 31 ; I. CORBISIER, « Les différents tiers au contrat », in *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, *op. cit.*, p. 105, n^o 11 ; S. BAR, « Les effets internes du contrat », *op. cit.*, p. 52, n^o 1.65 ; *adde* D. M. PHILIPPE, « La simulation et la protection des tiers », *op. cit.*, p. 63, n^o 3.4, note n^o 52 : « L'hypothèse du créancier chirographaire est sans doute celle où l'inclusion dans le concept de tiers est la plus évidente au regard de l'article 1165 du Code civil et la plus sujette à réflexion au sens de l'article 1321 du Code civil. En effet, s'agissant de l'article 1165 du Code civil, le créancier chirographaire est totalement étranger à la convention et n'entre dans aucun des droits qui dérivent de la convention, rien ne permettant que l'on puisse leur (sic) opposer le contenu de la convention ».

47. Summa divisio. Quant aux effets des conventions, selon une distinction adoptée par tous les auteurs contemporains, deux principes coexistent⁽²⁷¹⁾ : la relativité entre parties des *effets obligatoires* ou *effets internes* de la convention et l'opposabilité aux tiers des *autres effets*, qualifiés *externes* par la doctrine belge⁽²⁷²⁾. Par une interprétation strictement juridique des termes de l'article 1165 du Code civil⁽²⁷³⁾, les principes d'opposabilité et d'effet relatif occupent donc deux terrains différents. Malheureusement, pour répandue qu'elle soit, la séparation des domaines respectifs d'élection des principes reste d'un maniement délicat⁽²⁷⁴⁾.

Pour partager le champ d'application de ces deux principes, MM. Malaurie et Aynès écrivent : « Lien entre le débiteur et le créancier, *l'obligation* astreint le premier à faire, ne pas faire ou donner quelque chose au second. Lorsqu'elle est contractuelle, l'autonomie de la volonté ne permet d'obliger que ceux qui l'ont voulu : les effets obligatoires sont relatifs, en ce qu'ils n'atteignent que ceux qui ont consenti à l'obligation. Les *autres effets de la convention* (*constitution ou transfert d'un droit réel, création d'un groupement, collation d'un pouvoir de représentation, etc.*) *n'impliquent au contraire aucune attitude déterminée dont la satisfaction des parties dépendrait. Ils ont vocation à se produire au-delà du cercle des contractants... Si ces effets étaient relatifs, ces conventions seraient inefficaces. Comme elles ne créent aucune obligation à leur*

(271) MM. Malaurie et Aynès évoquent également, et d'ailleurs en premier lieu, la relativité de la convention elle-même mais il s'agit d'une question de pouvoir des parties qui ne peuvent convenir que d'un objet dont elles ont la maîtrise (Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les obligations*, *op. cit.*, p. 380, n° 651) ; cet aspect ne nous concerne pas.

(272) S. STIJNS, « Les contrats et les tiers », in *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, La Chartre, Louvain, 2004, pp. 189 et s., sp. p. 192, n° 8 ; M. Duclos distingue quant à lui l'effet direct, relatif, de l'effet indirect, caractéristique de l'opposabilité (J. DUCLOS, *L'opposabilité (Essai d'une théorie générale)*, *op. cit.*, p. 52, n° 28) ; en droit belge, voy. S. BAR, « Les effets internes du contrat », *op. cit.*, pp. 25 à 101 ; C. ALTER, « Les effets externes du contrat », *eod. loc.*, pp. 101 à 178 ; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, *op. cit.*, pp. 347 à 395, nos 281 à 318 ; M. FONTAINE, « Les effets internes et les effets externes des contrats », in *Les effets du contrat à l'égard des tiers, comparaisons franco-belges*, *op. cit.*, pp. 40 et s., sp. p. 41, n° 6 et p. 53, n° 29 ; du même auteur : « Synthèse des travaux », *eod. loc.*, pp. 430 et s., sp. p. 431, n° 2 ; J.-P. MASSON, « La relativité des actes juridiques : vérité d'évidence ou prétendue règle », note sous Cass. (1^{re} ch.), 10 déc. 1971, R.C.J.B., 1973, pp. 288 et s.

(273) J. DUCLOS, *L'opposabilité (Essai d'une théorie générale)*, *op. cit.*, pp. 50 et 53, nos 26 à 29 ; C. GUELFUCCI-THIBIERGE, « De l'élargissement de la notion de partie au contrat... à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif », *op. cit.*, p. 284, n° 35.

(274) J. GHESTIN, *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, « Introduction », *op. cit.*, pp. 15 à 17, n° 9 ; le savant auteur constate que cette distinction n'est pas « dépourvue de toute subtilité » et en relativise la portée en partant du postulat de l'opposabilité générale des droits subjectifs ; S. BAR, « Les effets internes du contrat », *op. cit.*, p. 29, n° 1.7 ; l'auteur des pages les plus limpides en la matière évoque « la subtilité et la combinaison des concepts d'effet direct et d'effet indirect » (J. DUCLOS, *L'opposabilité (Essai d'une théorie générale)*, *op. cit.*, p. 86, n° 61) ; pour une articulation erronée, à nos yeux, des principes, voy. la note de H. FUNCK, sous Cour trav. Liège (sect. Namur, 13^e ch.), 3 mars 1998, *Chron. dr. soc.*, 1998, pp. 342 et s., qui critique l'appréciation opérée, à juste titre selon nous, par la cour du travail.

charge (sauf l'obligation générale de respecter la situation créée), elles constituent une situation de fait opposable aux tiers »⁽²⁷⁵⁾. En d'autres termes, l'opposabilité consiste à forcer le tiers à respecter l'existence et les conséquences de la convention, sans l'astreindre à l'exécuter lui-même⁽²⁷⁶⁾.

La distinction entre effets internes et externes fut consacrée en droit belge par la Cour de cassation dès le début du 20^e siècle. Dans un arrêt du 27 mai 1909⁽²⁷⁷⁾, il fut en effet décidé que « si les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes, ce principe ne règle que les droits et obligations qui découlent des contrats [...] Il ne met pas obstacle à ce que ceux qui y sont demeurés étrangers constatent l'existence de conventions avouées ou légalement prouvées, et tirent argument du fait de cette existence, non pour réclamer à leur profit l'exécution des obligations qu'elles stipulent, mais pour en déduire, eu égard aux liens et aux droits qui en découlent, les conséquences favorables ou défavorables pour les parties que les événements ou les agissements des tiers ont entraînées pour elles ». La Cour permettait ainsi expressément à une personne juridique d'invoquer une convention à laquelle elle était tiers.

Du point de vue des parties contractantes, il n'est plus contesté non plus qu'elles peuvent se prévaloir vis-à-vis de tiers de l'existence d'une convention ; ainsi, un tiers engage sa responsabilité lorsqu'en connaissance de cause⁽²⁷⁸⁾, il se rend complice de la violation d'une obligation contractuelle⁽²⁷⁹⁾. La faute qui provoque la responsabilité délictuelle consiste à avoir méconnu l'opposabilité d'une convention et les obligations auxquelles elle a donné naissance. Il ne s'agit pas de

(275) Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les obligations*, op. cit., p. 381, n° 653 (ce sont les auteurs qui soulignent) ; adde Ph. MALINVAUD, *Droit des obligations*, Litec, 2001, 7^e éd., p. 147, n° 213 ; (276) J. DUCLOS, *L'opposabilité (Essai d'une théorie générale)*, op. cit., p. 68, n° 45.

(277) Cass. (1^{re} ch.), 27 mai 1909, *Pas.*, 1909, I, p. 272 ; l'arrêt est analysé par M. FONTAINE, « Les effets internes et les effets externes des contrats », op. cit., pp. 43 et 44, n° 9 ; cette décision est particulièrement intéressante pour notre propos puisqu'elle censura un juge pour avoir « eu égard à certaines stipulations d'un acte et d'en [avoir rejeté] d'autres » ; l'intérêt du créancier serait en effet idéalement servi par le fait de se prévaloir de l'existence d'un bien à saisir tout en écartant les entraves qui en limiteraient la disponibilité.

(278) Cette exigence de connaissance se justifie ainsi : « La créance consistant dans un « rapport d'exigibilité » entre deux personnes, le droit personnel ne se manifeste pas à l'égard des tiers. Par ailleurs, l'organisation d'un système efficace de publicité n'est ni réalisable, ni même souhaitable, en raison de la multiplicité des obligations et de leur nécessaire mobilité. Il est donc impossible de reprocher au tiers d'avoir entravé l'exécution de l'obligation du débiteur, sauf si ce tiers a eu effectivement connaissance de son existence » (J. DUCLOS, *L'opposabilité (Essai d'une théorie générale)*, op. cit., p. 71, n° 47-1).

(279) C. ALTER, « Les effets externes du contrat », in *Comm. prat. obligations*, op. cit., p. 101, n° 2.2, selon qui la théorie de la tierce complicité « constitue une application [du principe de l'opposabilité aux tiers des effets externes du contrat] » ; sur la tierce complicité, voy. l'analyse de M. FONTAINE, « Les effets internes et les effets externes des contrats », op. cit., pp. 58 à 62, n°s 41 à 48 ; voy. ég. S. STIJNS, « Les contrats et les tiers », op. cit., pp. 113 à 121, n°s 39 à 50 et M. von KUEGELGEN, « Réflexions sur le régime des nullités et des inopposabilités », in *Les obligations contractuelles*, Jeune Barreau de Bruxelles, 2000, pp. 569 et s., sp. p. 582, n° 14.

réclamer au tiers l'exécution de ces dernières, mais de lui reprocher d'avoir entravé cette exécution ⁽²⁸⁰⁾.

48. Opposabilité et distinction des droits : principes et exceptions. Ainsi, en raison de l'utilité sociale que lui reconnaît le droit objectif ⁽²⁸¹⁾, le contrat est, dit-on souvent, un fait qui est opposable aux tiers ⁽²⁸²⁾. Plus précisément, tous les éléments juridiques sont à la fois relatifs et opposables ⁽²⁸³⁾ : « Pour comprendre et justifier l'opposabilité du contrat et des situations contractuelles, il faut partir logiquement du principe de l'opposabilité générale des droits subjectifs » ⁽²⁸⁴⁾. On ne peut cependant perdre de vue que l'efficacité concrète de la prérogative invoquée est tributaire de la nature de l'objet du droit subjectif ⁽²⁸⁵⁾.

À cet égard, le mérite revient particulièrement à M. Duclos d'avoir dénoncé les confusions, commises tant par la doctrine classique que par des théories plus récentes, en raison d'une conception erronée de l'opposabilité ⁽²⁸⁶⁾. C'est en effet une erreur de confondre la relativité avec l'inopposabilité ⁽²⁸⁷⁾. De même, il convient de garder à l'esprit que les exceptions au principe de la relativité sont autre chose que l'application du principe d'opposabilité, même si, dans les deux cas, la situation du tiers en est modifiée. En d'autres termes, « l'assujettissement du tiers

(280) J. DUCLOS, *L'opposabilité (Essai d'une théorie générale)*, op. cit., p. 71, n° 47-1.

(281) J. GHESTIN, *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, « Introduction », op. cit., p. 9, n° 4 ; J. DUCLOS, *L'opposabilité (Essai d'une théorie générale)*, op. cit., pp. 48 et 49, n° 23.

(282) C. ALTER, « Les effets externes du contrat », op. cit., p. 101, n° 2.2. ; S. BEYAERT, « Overdracht van contracten », note sous Liège (3^e ch.), 22 mars 2000, R.G.D.C., 2003, pp. 654 et s., sp. p. 658, n° 4 ; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, op. cit., p. 347, n° 282 ; M. Duclos souligne que le principe de l'opposabilité des faits juridiques (naissance, décès, etc.) a toujours été reçu comme un axiome, ce qui explique que les auteurs comparent la convention à un fait pour justifier son opposabilité (J. DUCLOS, *L'opposabilité (Essai d'une théorie générale)*, op. cit., p. 39, n° 14).

(283) J. DUCLOS, *L'opposabilité (Essai d'une théorie générale)*, op. cit., p. 29, n° 7 ; l'auteur précise immédiatement que parfois, dans un souci de protection des tiers contre les répercussions d'événements juridiques extérieurs, l'opposabilité est subordonnée au respect de certaines conditions (*ibid.*) ; l'examen de ces modalités constitue la seconde partie de sa thèse.

(284) J. GHESTIN, *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, « Introduction », op. cit., p. 15, n° 9.

(285) « [L'opposabilité] existe pour tous les droits mais ses caractéristiques vont naturellement varier suivant la nature de l'objet du droit subjectif » (P. CROCQ, *Propriété et garantie*, op. cit., p. 286, n° 331, note n° 2).

(286) « Affirmer l'opposabilité des droits réels n'a de sens que dans la mesure où cette déclaration ne procède pas d'une confusion entre l'effet indirect et l'effet direct de ces droits. Or, tel n'a pas toujours été le cas. Historiquement, la fameuse controverse doctrinale sur la distinction des droits réels et des droits personnels s'est éclose sur une base théorique erronée. Les théories classique et personnaliste, tout en adoptant une analyse différente, ont malencontreusement mélangé les notions d'opposabilité et de relativité de ces droits » (J. DUCLOS, *L'opposabilité (Essai d'une théorie générale)*, op. cit., p. 170, n° 138 et les développements suivants explicitant ce propos et pp. 196 et 197, n°s 170 et 171 ; voy. ég. la citation de W. van GERVEN par M.-E. STORME, « De drievoudige gelaagheid van schuld-vorderingen en hun bescherming », in *Liber amicorum Walter van Gerven*, Kluwer, 2000, pp. 329 et s., sp. p. 329).

(287) J. DUCLOS, *L'opposabilité (Essai d'une théorie générale)*, op. cit., p. 26, n° 4.

a son siège soit dans les effets redoutables de l'opposabilité à son égard de l'acte juridique, soit dans une dérogation à la relativité des conventions, aboutissant à lui imposer les effets obligatoires d'un contrat qu'il n'a pas conclu et auquel il n'a pas adhéré »⁽²⁸⁸⁾. Dès lors, une véritable exception au principe de relativité supposerait « soit qu'un tiers puisse exiger de l'une des parties l'exécution à son profit de l'obligation contractuelle : c'est le cas dans la stipulation pour autrui et les actions directes en paiement ; soit qu'un tiers puisse être contraint par l'une des parties à exécuter une obligation contractée par une autre, ce qui n'existe pas en droit français, sauf peut-être dans l'accord collectif »⁽²⁸⁹⁾.

Il faut d'autant y prendre garde que les dernières décennies ont connu un accroissement des cas d'extension de l'effet obligatoire des conventions à des tiers ; on ne peut voir dans pareil phénomène l'expression de l'effet d'opposabilité⁽²⁹⁰⁾, défini comme « le devoir de toute personne de tenir compte de ce qui existe en dehors d'elle et de s'abstenir éventuellement d'y porter atteinte »⁽²⁹¹⁾.

Le propos peut être illustré par l'exemple de l'article 1743 du Code civil. Aux termes de cette disposition, « si le bailleur vend la chose louée, l'acquéreur ne peut expulser le fermier ou le locataire qui a un bail authentique ou dont la date est certaine, à moins qu'il ne se soit réservé ce droit par le contrat de bail »⁽²⁹²⁾. Lorsqu'on exprime que l'absence de date certaine du bail entraîne son inopposabilité au nouvel acquéreur du bien, dans la rigueur des principes, on dirait plus judicieusement que la condition posée par ce texte, qui consacre une dérogation

(288) Ph. DELMAS SAINT-HILAIRE, *Le tiers à l'acte juridique*, *op. cit.*, p. 373, note n° 2.

(289) Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les obligations*, *op. cit.*, p. 383, n° 655 ; en ce sens ég., J. DUCLOS, *L'opposabilité (Essai d'une théorie générale)*, *op. cit.*, p. 88, n° 62 ; M. FONTAINE, « Synthèse des travaux », *op. cit.*, p. 438, n° 22 ; S. BAR, « Les effets internes du contrat », *op. cit.*, p. 53, n° 1.70, qui ajoute : « seule une dérogation "active" [nous pourrions également dire "positive"] au principe de la relativité des conventions semble a priori concevable. En effet, si l'on conçoit assez facilement que, dans certaines hypothèses, une personne puisse puiser des droits dans un contrat auquel elle n'a pas consenti, on admet plus difficilement qu'elle soit, contre son gré, tenue des obligations qui en découlent. Les deux exceptions classiques (stipulation pour autrui et action directe), sont d'ailleurs des exceptions "actives" ».

(290) J. DUCLOS, *L'opposabilité (Essai d'une théorie générale)*, *op. cit.*, p. 49, n° 25 et pp. 86 à 100, n°s 61 à 73.

(291) J. DUCLOS, *L'opposabilité (Essai d'une théorie générale)*, *op. cit.*, p. 23, n° 2-3 ; « Chacun doit reconnaître ce qui existe en dehors de lui, mais ce devoir ne l'oblige pas comme acteur direct. L'effet obligatoire du contrat...est limité aux parties et les non-contractants ne sont pas tenus d'exécuter les engagements pris par celles-ci ; ils doivent uniquement tenir compte de l'existence de la convention » (*ibid.*, p. 26, n° 4).

(292) Dans un souci croissant de protection du locataire, des dispositions particulières à certains types de baux ont consacré des exceptions plus amples au principe de relativité des conventions ; voy. ainsi l'article 9 de la section du Code civil relative aux baux de résidence principale et l'article 55 de la section du même Code relative au bail à ferme ; sur l'impact des baux à l'égard du curateur de faillite, voy. *infra*, n°s 59 et 84.

au principe de relativité des conventions, n'étant pas rencontrée, le bail sera privé d'efficacité directe à l'égard de l'acquéreur du bien ⁽²⁹³⁾.

49. Modalités de l'opposabilité. Dans la très grande majorité des cas, l'opposabilité des effets non obligatoires est parfaitement indolore pour les tiers. Il arrive néanmoins que ceux-ci se trouvent en conflit d'intérêts avec une partie au contrat. L'opposabilité de la convention dépendra alors d'une connaissance spéciale de celle-ci dans le chef du tiers, qui sera tributaire du respect de formes diverses de publicité ⁽²⁹⁴⁾. Car « si l'opposabilité est toujours virtuelle en ce sens que théoriquement, tous les éléments juridiques en bénéficient, elle n'est pas pour autant efficiente dans tous les cas ; pratiquement, l'intérêt supérieur du tiers peut, le cas échéant, justifier l'inopposabilité de l'élément nuisible. La protection des tiers ne relève donc pas du principe d'opposabilité, mais de la mise en œuvre de celle-ci, c'est-à-dire du respect de conditions sanctionnées positivement par l'opposabilité » ⁽²⁹⁵⁾.

50. La figure triangulaire, pierre d'achoppement des principes. Si, dans ses brillants travaux, M. Duclos n'a pas consacré, à notre connaissance, de développements à la saisie-arrêt, il a néanmoins abordé certaines figures triangulaires pour constater combien il était difficile, en ce qui les concerne, de faire la part entre opposabilité et exception au principe de relativité. « Ces « opérations juridiques à trois personnes » semblent particulièrement difficiles à qualifier à cet égard, en raison de l'étroite combinaison des concepts d'opposabilité et d'extension de l'effet obligatoire, et de la *substitution*, dans le contrat initial, du tiers cessionnaire ou bénéficiaire de la restitution, au contractant cédant ou restituant » ⁽²⁹⁶⁾.

(293) J. DUCLOS, *L'opposabilité (Essai d'une théorie générale)*, op. cit., p. 28, n° 5 ; V. SAGAERT, « Les interférences entre le droit des biens et le droit des obligations : une analyse de l'évolution depuis le Code civil » op. cit., p. 373, n° 28 ; l'article 1743 du Code civil, et bien d'autres, est une de ces dispositions qui « fléchissent la sévérité de[s] principes, afin de faire face le plus adéquatement possible aux exigences de situations particulières » (J. HANSENNE, *Les biens*, t. I, op. cit., p. 30, n° 26) ; sur l'article 1743 du Code civil, voy. le commentaire qu'en fait J. DABIN, « De la signification du mot « tiers » dans l'article 1^{er} de la loi hypothécaire (16 décembre 1851), et spécialement de la position du preneur à bail », op. cit., p. 102).

(294) Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les obligations*, op. cit., pp. 381 et 382, n° 654 ; sur les différents types de connaissance, voy. G. VIRASSAMY, « La connaissance et l'opposabilité (rapport français) », in *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 227, 1992, pp. 132 et s. et D.-M. PHILIPPE, « La connaissance du contrat par les tiers et ses effets (rapport belge) », eod. loc., pp. 152 et s.

(295) J. DUCLOS, *L'opposabilité (Essai d'une théorie générale)*, op. cit., pp. 29 et 30, n° 7.

(296) J. DUCLOS, *L'opposabilité (Essai d'une théorie générale)*, op. cit., pp. 97 et 98, n° 70 ; voy. ég. E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, op. cit., p. 42, n° 57 : « Cette distinction entre l'effet relatif et l'opposabilité du contrat permet de comprendre l'efficacité d'un contrat à l'intérieur de l'ordre juridique français. De façon dérogatoire à ces principes, le contrat de cession produit des effets obligatoires à l'égard du débiteur cédé, tiers au contrat, qui suite à la cession se trouve obligé à l'égard du nouveau créancier, le cessionnaire » ; en ce sens ég. J. GHESTIN, *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, « Introduction », op. cit., p. 34, n° 31 : « L'opposabilité du contrat, qui est la règle, ne peut avoir sa pleine efficacité qu'à la condition de rendre le débiteur cédé débiteur du cessionnaire. C'est l'un des cas particuliers d'extension des effets obligatoires du contrat, à partir du principe d'opposabilité ».

C'est à l'occasion de l'examen de la « cession de contrat » que l'auteur constate qu'à partir du moment où le tiers devient partie, volontairement ou par l'effet de la loi, la figure d'exception au principe de relativité consacré par l'article 1165 du Code civil connaît un estompement certain⁽²⁹⁷⁾. Ainsi, que l'on se place du point de vue du cessionnaire ou de celui de la « partie cédée », l'exception audit principe s'apprécie de façon très...relative. L'examen des figures triangulaires que connaît le droit civil paraît donc fécond pour notre propos. Tel sera l'objet de la seconde section du présent chapitre.

SECTION 2

Les figures triangulaires

51. Plan. Dans notre recherche de la détermination de la mesure dont le créancier est amené à subir la teneur des liens existant entre son débiteur et le débiteur de celui-ci, nous examinerons successivement le sort du créancier selon qu'il exerce une action oblique, met en œuvre une action directe, ou profite d'une cession ou d'une délégation de créance.

52. L'action oblique. « Le demandeur à l'action oblique ne fait qu'exercer par représentation les droits de son débiteur »⁽²⁹⁸⁾. Dès lors, l'action oblique ne déroge en rien à la relativité des contrats. La représentation écarte, à défaut d'un véritable tiers, une exception effective à l'article 1165 du Code civil. Il va sans dire, dans ces conditions, que le débiteur « final » peut se prévaloir vis-à-vis de celui qui exerce l'action oblique de toutes les exceptions qu'il pouvait opposer à son créancier direct⁽²⁹⁹⁾.

(297) J. DUCLOS, *L'opposabilité (Essai d'une théorie générale)*, *op. cit.*, p. 98, n° 71 ; adde I. CORBISIER, « Les différents tiers au contrat », *op. cit.*, p. 106, n° 14, qui, à propos du tiers dans la cession de créance, parle de « cas charnière » ; de même, M. Fontaine s'interroge sur la remise en cause du caractère d'exception à la relativité des conventions traditionnellement reconnu à la stipulation pour autrui (M. FONTAINE, « Synthèse des travaux », *op. cit.*, p. 439, n°s 26 et 27) ; sur la figure de la cession de contrat, voy. S. BEYAERT, « Overdracht van contracten », note sous Liège (3^e ch.), 22 mars 2000, R.G.D.C., 2003, pp. 654 et s. ; dans cette note, l'auteur recense les hypothèses légales de transmission de contrat, et, en dehors d'elles, les formules auxquelles la pratique recourt pour aboutir à la cession des éléments actifs et passifs du contrat ; l'auteur déplore cependant pareil dépeçage qui dénature l'intention des parties et en appelle à une intervention du législateur.

(298) J. DUCLOS, *L'opposabilité (Essai d'une théorie générale)*, *op. cit.*, pp. 89 et 90, n° 64, note n° 211 ; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, *op. cit.*, p. 358, qui, après avoir présenté l'action oblique comme une exception au principe de relativité des obligations, estime qu'elle n'en est pas vraiment une en raison de la représentation ; l'action oblique est une « hypothèse de représentation sui generis du débiteur négligent » (P. WÉRY, « L'action oblique et les actions directes », in *La théorie générale des obligations (suite)*, Formation permanente C.U.P., vol. 57, 2002, pp. 5 et s., sp. p. 12, n° 4) ; S. STIJNS, « Les contrats et les tiers », *op. cit.*, p. 195, n° 11.

(299) P. WÉRY, « L'action oblique et les actions directes », *op. cit.*, p. 22, n° 18.

Deux opinions existent en doctrine sur les relations entre action oblique et saisie-arrêt. Selon la première, la saisie-arrêt présenterait une parenté incontestable avec l'action oblique⁽³⁰⁰⁾. Ainsi, sans cependant évoquer spécialement la saisie-arrêt, Mme Grégoire a comparé la saisie en général à l'action oblique de l'article 1166 du Code civil. Partant de la constatation que le saisi lui-même est le vendeur lorsqu'il s'agit d'exécuter un bien meuble corporel ou immeuble lui appartenant, l'auteur en déduit que « la saisie constitue une opération produisant des effets juridiques dans le patrimoine du saisi, en son nom, mais dans l'intérêt d'autrui »⁽³⁰¹⁾. La vocation collective de la saisie corrobore l'analogie, étant donné que l'action oblique ne confère aucun droit exclusif à celui qui s'en prévaut⁽³⁰²⁾. MM. Dirix et Broeckx relèvent, quant à eux, que tant le fondement que la structure des deux institutions est identique⁽³⁰³⁾.

À l'évidence cependant — c'est ce que met en avant la deuxième opinion —, action oblique et saisie-arrêt présentent des différences⁽³⁰⁴⁾. Pour M. Perrot, « La saisie-arrêt se situe sur un autre plan. Elle est un mode d'exécution sur les créances dont le débiteur est titulaire. Le créancier qui procède à une saisie-arrêt ne se substitue pas à son débiteur pour prendre des initiatives contre le gré de celui-ci ; [...] il exerce simplement, en son nom propre, une emprise sur le patrimoine de son débiteur, et, plus spécialement, sur les créances qui ont été reconnues au

(300) Certes, contrairement à l'action oblique, la saisie-arrêt n'est pas tributaire de la constatation d'une inertie dans le chef du débiteur.

(301) M. GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, op. cit., pp. 407 et 408, nos 556 et 557.

(302) Voy. P. WÉRY, « L'action oblique et les actions directes », op. cit., p. 14, n° 6 : « Lorsque le créancier est titulaire d'une créance pécuniaire, il préférera recourir à la saisie-arrêt. Il pourra de la sorte se faire attribuer directement le produit de la saisie, sans que les sommes passent par les mains du débiteur principal. Cette saisie-exécution ne crée toutefois aucun privilège pour le créancier saisissant par rapport aux autres créanciers du débiteur défaillant ; sur ce point, l'action oblique ne diffère pas de la saisie-arrêt ».

(303) E. DIRIX et K. BROECKX, *Beslag*, op. cit., p. 399, n° 678 ; voy. déjà P. DODO, *Théorie et pratique de la saisie-arrêt*, op. cit., p. 16, n° 8, qui estime que la saisie-arrêt applique l'article 1166, qui n'est lui-même qu'une mise en œuvre de l'article 2092 du Code civil de l'époque ; selon l'auteur, l'application dépasse cependant le principe car la saisie-arrêt présente deux avantages ; d'une part, elle écarte définitivement l'initiative que reprendrait le débiteur saisi vis-à-vis de son propre débiteur ; d'autre part, par la déclaration de tiers saisi, le créancier jouit d'un avantage probatoire qui n'assortit pas l'action oblique.

(304) Voy. ainsi G. de LEVAL, *La saisie-arrêt*, op. cit., pp. 239 et 240, n° 156, note 2 : « La nature juridique des deux procédures est différente. La saisie-arrêt est surtout pratiquée contre le créancier du tiers débiteur en vue d'obtenir le paiement d'une dette ; l'action oblique, au contraire, est exercée au profit du créancier du tiers débiteur et laisse le créancier principal impayé sauf pour celui-ci le droit de saisir dans le patrimoine de son débiteur la créance qu'il y a fait rentrer... Bref, le créancier qui procède à une saisie-arrêt ne se substitue pas au débiteur pour agir au nom de ce dernier ; il exerce en son nom personnel les prérogatives que lui confère son droit de gage (R. PERROT, *Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1975, n° 11, p. 786) ».

profit de celui-ci »⁽³⁰⁵⁾. Il ne fait en tout cas aucun doute que les créanciers tirent bien un droit propre des articles 7 et 8 L. hyp.⁽³⁰⁶⁾. Les deux opinions pourraient être conciliées en constatant, avec MM. Dirix et Broeckx⁽³⁰⁷⁾, que l'action oblique confère à un créancier un droit propre à représenter son débiteur.

53. L'action directe. Même si elle reste l'objet de controverses⁽³⁰⁸⁾, l'action directe est présentée par une doctrine unanime comme une exception au principe de relativité des conventions⁽³⁰⁹⁾. Au contraire de l'action oblique⁽³¹⁰⁾, elle octroie un droit préférentiel, ou, plus exactement, exclusif à son titulaire⁽³¹¹⁾, qui exerce en son nom et pour son propre compte la créance dont son débiteur dispose vis-à-vis du sous-débiteur⁽³¹²⁾. Certes, il est des actions directes qui consacrent en plus

(305) R. PERROT, « Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé », *Rev. trim. dr. civ.*, 1983, p. 396, n° 10 ; en ce sens ég., Ph. THÉRY, « Le sort de la créance d'aliments dans les procédures collectives », in *Mélanges Jean Buffet — La procédure en tous ses états*, Petites Affiches, 2004, pp. 433 et s., sp. p. 436 ; remarquons que cette opinion a été exprimée à l'occasion de la distinction entre l'impossibilité d'exercer par action oblique une action en réparation d'un dommage corporel et la faculté, au contraire, d'appréhender des créances de sommes résultant de l'exercice de son droit par le débiteur ; sur ce point, voy. antérieurement P. RAYNAUD, « Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé », *Rev. trim. dr. civ.*, 1965, pp. 432 et 433, n° 11 : « Ce n'est parce que les créanciers ne pourraient agir par voie oblique à raison du caractère essentiellement personnel du droit de leur débiteur que ce droit étant consacré sur l'initiative du débiteur, il échappera à leur gage » ; M. de Leval reprend cette distinction (G. de LEVAL, *La saisie-arrêt*, *op. cit.*, p. 239, n° 156, not. n° 2).

(306) R. PERROT et Ph. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, *op. cit.*, p. 166, n° 154.

(307) « Verder is het zo dat wanneer een schuldeiser (A) tegen de onderschuldenaar (C) optreedt, hij niet handelt in eigen naam, maar a.h.w. als vertegenwoordiger van zijn onmiddellijke schuldenaar (B) » (E. DIRIX et K. BROECKX, *Beslag*, *op. cit.*, p. 399, n° 679).

(308) Ph. GÉRARD et J. WINDEY, « Action directe des sous-traitants, faillite et concordat judiciaire : à contre-courant », in *Liber amicorum Lucien Simont*, Bruylant, 2002, pp. 385 et s., sp. p. 395, n° 12.

(309) I. SAMOY, « De rechtstreekse vordering van de eigenaar tegen de verzekeraar van de huurder en de tegenstelbaarheid van excepties. Een toezicht naar algemene regels... », note sous Liège (15^e ch.), 29 oct. 1998, *R.G.D.C.*, 2003, pp. 236 et s., sp. p. 237, n° 4 ; P. WÉRY, « L'action oblique et les actions directes », *op. cit.*, p. 30, n° 24 ; B. KOHL, « Sous-traitance : questions spéciales », in *Contrat d'entreprise et droit de la construction*, Formation permanente C.U.P., vol. 63, 2003, pp. 67 et s., sp. p. 132, n° 77.

(310) Voy. P. WÉRY, « L'action oblique et les actions directes », *op. cit.*, p. 9, n° 1, qui présente l'action directe comme un remède aux « faiblesses congénitales » de l'action oblique : « Le créancier qui met en mouvement (l'action oblique) est exposé à la loi du concours avec les autres créanciers du débiteur négligent [...] C'est pour remédier à cette faiblesse que le législateur institue occasionnellement des actions directes. Le créancier peut ainsi agir, à son profit exclusif, contre le débiteur de son propre débiteur, passant ainsi en quelque sorte au-dessus de la tête de celui-ci ».

(311) P. WÉRY, « L'action oblique et les actions directes », *op. cit.*, pp. 47 et 48, n° 34 qui distingue nettement le droit de préférence qui s'attache au privilège du droit exclusif, apanage de l'action directe.

(312) Nous rejoignons parfaitement sur ce point M. Gérard et Mme Windey : « Le droit propre s'oppose au droit né dans le chef d'autrui que l'on peut exercer soit, précisément, au nom d'autrui comme dans l'action oblique, soit en son propre nom comme à la suite d'une cession de créance ou d'une subrogation. Il nous paraît que c'est là le véritable domaine de l'action directe : celle-ci existe chaque fois que la loi permet à un créancier de s'emparer de la créance que son débiteur possède contre

une inopposabilité des exceptions mais cela ne participe pas, semble-t-il⁽³¹³⁾, de la nature de l'action directe⁽³¹⁴⁾ ; comme l'a justement décidé la cour d'appel de Liège, à défaut d'un texte dérogatoire, le défendeur à l'action directe peut opposer toutes les exceptions dont il dispose à l'égard de son créancier pour autant que ces exceptions soient nées avant l'exercice de l'action⁽³¹⁵⁾. La solution est approuvée par l'annotatrice de l'arrêt⁽³¹⁶⁾. La Cour de cassation a par ailleurs récemment précisé le sort de l'exception d'inexécution dans l'hypothèse de l'action directe que l'article 1798 du Code civil octroie au sous-traitant à l'égard du maître de l'ouvrage. Par un arrêt du 25 mars 2005, il a été décidé que si le maître de l'ouvrage, contre qui une action directe est introduite par le sous-traitant, ne peut en règle générale opposer à ce dernier que les seules exceptions dont il dispose au moment de l'introduction de l'action directe, l'exception d'inexécution, qui est fondée sur la dépendance mutuelle des obligations réciproques des parties, participe quant à

un tiers et d'en poursuivre l'exécution contre ce tiers en son nom et pour son propre compte. On peut, si l'on veut absolument, qualifier ce droit comme un droit « propre », mais l'on voit bien qu'il est d'une autre nature que le droit propre de la victime d'un accident » (Ph. GÉRARD et J. WINDEY, « Action directe des sous-traitants, faillite et concordat judiciaire : à contre-courant », *op. cit.*, pp. 399 et 400, n° 15 ; dans le sens également de l'exercice de la créance-objet au nom et pour le propre compte du bénéficiaire de l'action directe, voy. L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, *op. cit.*, p. 361, n° 291) ; cette position, que nous approuvons, conduit M. Gérard et Mme Windey à refuser aux bénéficiaires de l'action directe de l'article 1798 du Code civil le droit d'exercer leur action postérieurement à la naissance d'un concours ; cette position, que nous avons critiquée (F. GEORGES, « Le privilège et l'action directe du sous-traitant », in *Droit de la faillite et du concordat*, Formation permanente C.U.P., vol. IX, 1996, pp. 269 et s., sp. p. 279 à 281), a été consacrée par la Cour de cassation dans trois arrêts des 27 mai et 23 septembre 2004 (2 espèces) ; sur ces arrêts et le principe d'égalité des créanciers qu'ils promeuvent, voy. *infra*, n° 68.

(312) Certains auteurs estiment en effet que l'inopposabilité des exceptions s'attache par principe à l'action directe (Chr. JAMIN, « Brèves réflexions sur un mécanisme correcteur : l'action directe en droit français », in *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, *op. cit.*, pp. 263 et s., sp. p. 298 : « [le droit propre] s'exprime par le biais du principe aujourd'hui classique d'inopposabilité des exceptions » ; R.O. DALCQ, « Les actions directes », in *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, pp. 302 et s., sp. p. 323, n° 30) ; M. Fontaine, quant à lui, ne prend pas parti dans sa synthèse des travaux relatifs à l'effet des conventions à l'égard des tiers (M. FONTAINE, « Synthèse des travaux », *op. cit.*, p. 440, n° 29).

(313) P. WÉRY, « L'action oblique et les actions directes », *op. cit.*, p. 35, n° 27 : « De cette [...] restriction se dégage une idée fondamentale : l'opposabilité des exceptions, qui assortit, en règle, toute action directe. À cet égard, l'action directe fonctionne ainsi à l'image de la saisie-arrêt » ; *adde ibid.*, p. 47, n° 33 ; en ce sens ég. : Ph. GÉRARD et J. WINDEY, « Action directe des sous-traitants, faillite et concordat judiciaire : à contre-courant », *op. cit.*, p. 395, n° 12, note n° 42.

(314) Liège (15^e ch.), 29 oct. 1998, *R.G.D.C.*, 2003, p. 235, avec note I. SAMOY, « De rechtstreekse vordering van de eigenaar tegen de verzekeraar van de huurder en de tegenstelbaarheid van excepties. Een toezicht naar algemene regels... » ; dans son arrêt, la cour d'appel de Liège considère entre autres « que l'inopposabilité des exceptions peut être prévue par la loi et si le législateur a éprouvé la nécessité de préciser les différentes hypothèses où il y a lieu à l'inopposabilité, c'est que ce principe ne s'imposait pas de lui-même ».

(315) I. SAMOY, « De rechtstreekse vordering van de eigenaar tegen de verzekeraar van de huurder en de tegenstelbaarheid van excepties. Een toezicht naar algemene regels... », *op. cit.*, p. 238, n° 9 : « Uit respect voor de relativiteit van de overeenkomst en de wilsautonomie, zou het onaanvaardbaar zijn om aan A meer rechten toe te kennen dan aan B. Afwijken van dit basisprincipe van tegenstelbaarheid van excepties, is dan ook enkel mogelijk door een ingrijpen van de wetgever ».

elle de la nature même du contrat synallagmatique, de sorte qu'elle existe avant même la mauvaise exécution et avant même l'exercice de l'action directe⁽³¹⁷⁾. MM. Dirix et Broeckx relèvent en l'indisponibilité — autrement qualifiée dessaisissement⁽³¹⁸⁾ — de la créance-objet un important effet commun à la saisie-arrêt et à l'action directe⁽³¹⁹⁾. L'effet translatif de la créance-objet attaché à l'action directe justifie bien entendu la comparaison avec la saisie-attribution du droit français⁽³²⁰⁾.

54. La cession de créance. Les différences entre cession de créance et saisie-arrêt sont bien connues⁽³²¹⁾. La première trouve son origine dans la volonté des parties alors que la seconde est une prérogative légale. La cession, contrairement à la saisie, emporte une titularité exclusive de la créance-objet⁽³²²⁾ ; cet avantage explique le succès croissant de l'usage de la propriété à titre de sûreté⁽³²³⁾. Par ailleurs, une créance future peut être cédée mais elle ne peut être saisie⁽³²⁴⁾. Malgré ces dissemblances, on aurait à l'évidence tort de rejeter toute comparaison entre saisie-arrêt et cession de créance. De façon heureuse pour notre propos, l'opposabilité des exceptions a été particulièrement approfondie dans l'étude de la cession de créance.

(317) Cass. (1^{re} ch.), 25 mars 2005 (2 espèces), *J.L.M.B.*, 2005, pp. 1039 et s., avec obs. P. HENRY, « Action directe du sous-traitant : deux nouvelles précisions importantes ».

(318) Ph. GÉRARD et J. WINDEY, « Action directe des sous-traitants, faillite et concordat judiciaire : à contre-courant », *op. cit.*, p. 396, n° 12.

(319) E. DIRIX et K. BROECKX, *Beslag*, *op. cit.*, p. 400, n° 682 ; adde P. WÉRY, « L'action oblique et les actions directes », *op. cit.*, pp. 46 et 47, n° 32 : « La créance-objet est immobilisée dans le patrimoine du débiteur intermédiaire...la créance du débiteur intermédiaire étant cristallisée, elle n'est plus à la merci des causes d'extinction qui la guettaient jusque-là » ; voy. ég. Ph. THÉRY, « Le sort de la créance d'aliments dans les procédures collectives », *op. cit.*, pp. 436 à 438.

(320) P. CROCQ, *Propriété et garantie*, *op. cit.*, p. 11, n° 10 et 11 ; R. PERROT et Ph. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, *op. cit.*, p. 394, n° 368.

(321) Voy. la comparaison faite par M. FORGES, *La cession de rémunération et la délégation de sommes*, *op. cit.*, pp. 12 à 17, n° 13 à 27.

(322) E. DIRIX et K. BROECKX, *Beslag*, *op. cit.*, p. 401, n° 684 ; sur ce dernier point, en France, eu égard à l'efficacité particulière de la saisie-attribution, la comparaison entre celle-ci et la cession de créance s'impose plus naturellement (R. PERROT et Ph. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, *op. cit.*, p. 393, n° 368).

(323) Nous reviendrons sur les mécanismes fiduciaires et les difficultés qu'ils suscitent (*infra*, n° 112 à 115 et n° 385 à 387).

(324) Les conséquences de cette considération laissent un sentiment de malaise ; comme l'écrit le professeur Dirix, « tôt ou tard, la jurisprudence sera obligée de fixer certaines limites aux possibilités de cession et de nantissement de créances futures. Un point de vue défendable consisterait à dire que pareille cession ou pareil nantissement anticipé de créances futures n'a plus d'effet, une fois que le débiteur ne peut plus disposer de ses biens. La saisie ou le nantissement anticipé ne peut, dans cette hypothèse, plus produire d'effet pour les créances qui sont nées après ce moment. L'affectant gagiste ne dispose en effet alors plus de la compétence de disposer des créances. Tel est manifestement le cas après la faillite » (E. DIRIX, « Gage de créances », in *Privilèges et hypothèques*, Kluwer, 2002, p. 21, n° 27) ; *contra* D. VAN GERVEN, « Overdracht en inpandgeving van bestaande en toekomstige schuldvorderingen », *R.W.*, 2004-2005, pp. 521 et s., sp. pp. 528 à 530, n° 13 à 14.

On ne peut en effet nier la spécificité du droit de créance, qui justifie par exemple la mesure d'opposabilité particulière au débiteur cédé⁽³²⁵⁾. Aussi, dans l'hypothèse de la transmission d'un droit personnel, écrivent MM. Malaurie et Aynès, « c'est l'obligation contractuelle qui est transmise ; son existence, son étendue et sa nature dépendent de la convention conclue par le cédant avec le cédé d'où est issue la créance transmise. Il n'est pas étonnant que le cessionnaire se trouve, à l'égard du cédé, dans la même situation que le cédant »⁽³²⁶⁾.

Il en résulte en matière de cession de créance, à l'instar des deux précédentes figures triangulaires que nous venons d'évoquer, un principe fondamental, consistant en ce que la cession ne peut nuire aux droits du débiteur cédé⁽³²⁷⁾. La doctrine le place au cœur de la transmission des obligations, qui suppose que celle-ci « telle qu'elle s'est nouée originairement entre un sujet actif et un sujet passif, passe sur la tête d'un autre sujet, actif ou passif, sans que l'obligation initiale soit modifiée ; celle-ci subsiste à tous égards, sous la seule réserve que l'un des sujets du rapport obligataire est dorénavant différent »⁽³²⁸⁾. On ajoute que cette règle fondamentale est impliquée par le fait que la cession de créance peut

(325) S. BEYAERT, « Overdracht van contracten », *op. cit.*, p. 668, n° 44 ; M. Ghestin constate que « le droit de créance, s'il est un bien, et peut donc faire l'objet d'une transmission, présente ainsi des caractéristiques tout à fait particulières, qui n'ont pu rester sans influence sur les conditions et les effets de sa transmission » (J. GHESTIN, « La transmission des obligations en droit positif français », in *La transmission des obligations*, Bruylant, Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, 1980, pp. 3 et s., sp. p. 6, n° 1 ; en ce sens ég. : E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, *op. cit.*, p. 208, n° 347).

(326) Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les obligations*, *op. cit.*, p. 387, n° 661 ; si « un cheval vendu est nécessairement entre les mains de l'acheteur ce qu'il était entre les mains du vendeur », il ne peut qu'en être de même de la créance (l'expression de Huc est citée par M.-L. STENGERS, « La compensation après faillite et l'exception d'inexécution opposée par le débiteur d'une créance cédée », *R.C.J.B.*, 1974, p. 358) ; *adde* I. SAMOY, « De rechtstreekse vordering van de eigenaar tegen de verzekeraar van de huurder en de tegenstelbaarheid van excepties. Een toezicht naar algemene regels... », *op. cit.*, p. 238, n° 11 : « Tot slot moet A, zoals elke schuldeiser, de vordering waarop hij steunt om een verhaalsrecht uit te oefenen, nemen zoals hij ze aantreft in het vermogen van B, met alle excepties die inherent zijn aan deze vordering ».

(327) I. CORBISIER, « Les différents tiers au contrat (rapport belge) », *op. cit.*, p. 109, n° 18 ; Y. MERCHERS, « Les effets de la cession de créance vis-à-vis du débiteur cédé », note sous Cass. (1^{re} ch.), 27 sept. 1984, *R.C.J.B.*, 1987, pp. 511 et s., sp. p. 516, n° 4 : « Puisque la cession de créance se réalise en dehors du débiteur cédé, elle ne peut en aucun cas modifier sa position juridique. C'est pourquoi la cession de créance laisse subsister l'obligation primitive qu'elle ne peut d'aucune manière modifier » ; sur l'opposabilité des exceptions au cessionnaire, voy. *ibid.*, pp. 526 à 540, nos 20 à 34 ; S. BEYAERT, « Overdracht van contracten », *op. cit.*, p. 668, n° 46 ; voy. aussi Cass. (1^{re} ch.), 13 sept. 1973, *Pas.*, 1974, I, p. 31, *J.T.*, 1973, p. 634, *R.C.J.B.*, 1974, p. 352 avec note précitée M.-L. STENGERS : « Attendu que le transport de créance ne peut nuire au débiteur cédé ; celui-ci conserve, en règle, à l'égard du cessionnaire les droits et exceptions qu'il pouvait opposer au créancier cédant ».

(328) P. VAN OMMESLAGHE, « La transmission des obligations en droit positif belge », in *La transmission des obligations*, Bruylant, 1980, pp. 81 et s., sp. p. 83, n° 1 ; P. CROCQ, *Propriété et garantie*, *op. cit.*, pp. 338 et 359, nos 380 et 399 ; S. BEYAERT, « Overdracht van contracten », *op. cit.*, p. 658, n° 4 ; ce dernier auteur propose une synthèse comparative des différentes opérations tendant au transfert des obligations et des conventions.

intervenir « sans le concours ni le consentement du débiteur cédé »⁽³²⁹⁾. Si l'on met l'accent sur la situation du cessionnaire, on constatera, avec Mme Cashin-Ritaine, que celui-ci est substitué au créancier initial et que la valeur pécuniaire qu'il reçoit « reste imprégnée de la relation entre le débiteur et l'ancien créancier »⁽³³⁰⁾.

Ainsi, sans qu'il y ait pour autant cession de dette(s) corrélative(s) à la créance cédée⁽³³¹⁾, le tiers débiteur jouit de la possibilité d'opposer au cessionnaire les exceptions qu'il pouvait invoquer contre son créancier initial. Le principe doit cependant être affiné⁽³³²⁾. Il faut en effet tenir compte d'un élément temporel pour juger de l'opposabilité concrète des exceptions ; « ce qui est cédé, c'est la créance telle qu'elle existe au moment du transfert du patrimoine du cédant dans le patrimoine du cessionnaire ou, s'agissant des tiers et du débiteur cédé en particulier, au moment où ce transfert leur est opposable »⁽³³³⁾. Le moment du transport de la créance d'un patrimoine à un autre doit donc entrer dans une certaine mesure en considération. À ce propos, Mme Merchiers propose une *summa divisio* entre les exceptions affectant la force obligatoire de l'obligation cédée et celles découlant de l'extinction de l'obligation cédée d'autre part⁽³³⁴⁾. Des premières participent les causes de nullité, de sus-

(329) P. VAN OMMEFLAGHE, « La transmission des obligations en droit positif belge », *op. cit.*, p. 100, n° 20 ; en ce sens ég. : M. FONTAINE, « La transmission des obligations de lege ferenda », in *La transmission des obligations*, *op. cit.*, pp. 611 et s., sp. pp. 624 et 625.

(330) E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, *op. cit.*, p. 207, n° 347.

(331) Fr. GLANSDORFF, obs. sous Cass. (1^{re} ch.), 17 févr. 1972, *J.T.*, 1973, pp. 584 et s., sp. p. 585, n° 6 ; M. Beyaert insiste sur le caractère dépassé de la scission de l'actif et du passif lorsqu'il s'agit de céder un contrat (S. BEYAERT, « Overdracht van contracten », *op. cit.*, p. 667, n° 39 et 40, p. 673, n° 56 et pp. 679 à 682, n°s 72 à 80) ; cette analyse est également présentée par Mme Grégoire, qui, à propos de la faillite, écrit que la saisie porte non sur la créance détachée du contrat, mais sur le contrat lui-même : « La saisie du droit résultant d'une convention synallagmatique ne peut...ignorer l'obligation qui y correspond » (M. GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, *op. cit.*, p. 182, n° 272 et p. 184, n° 272 ; en ce sens ég. : A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours », *J.T.*, 2004, pp. 865 et s. et 881 et s., sp. p. 867, n° 6) ; il reste qu'hormis les hypothèses où le législateur est intervenu, la technique « du dépeçage » s'impose (P. WÉRY, « Le nouveau régime de l'opposabilité de la cession de créance », in *L'opposabilité de la cession de créance aux tiers*, La Chartre, 1995, pp. 1 et s., sp. p. 60, n° 87) ; d'ailleurs, il n'est pas nécessaire d'évoquer une prétendue « saisie du contrat » pour protéger le tiers saisi mais bien pour l'avantager lorsque d'aventure, il est également créancier du débiteur saisi, ce qui est assez patent dans le chef de MM. Zenner et Peeters.

(332) Dans la mesure où il va être précisé, ce principe ne connaît guère de dérogations ; Mme Merchiers relève principalement et successivement l'accord des parties, l'acceptation pure et simple de la cession par le débiteur cédé en matière de compensation (cette exception a disparu de notre droit positif depuis 1994) et les effets de commerce (Y. MERCHIER, « Les effets de la cession de créance vis-à-vis du débiteur cédé », *op. cit.*, pp. 534 à 540, n°s 25 à 34).

(333) Y. MERCHIER, « Les effets de la cession de créance vis-à-vis du débiteur cédé », *op. cit.*, p. 516, n° 4.

(334) Y. MERCHIER, « Les effets de la cession de créance vis-à-vis du débiteur cédé », *op. cit.*, p. 527, n° 21.

pension ou de résolution de la convention ayant donné naissance à la créance cédée ; pareilles exceptions peuvent être invoquées à l'égard du cessionnaire quel que soit le moment de leur survenance, avant ou après l'efficience de la cession à l'égard du débiteur cédé⁽³³⁵⁾. Aux secondes s'identifient par exemple le paiement, la compensation, la novation, la prescription, la remise de dettes⁽³³⁶⁾ ; leur opposabilité au cessionnaire est tributaire de l'antériorité de leur naissance par rapport à l'effectivité du transport de la créance. On rappelle que depuis l'entrée en vigueur de la loi du 6 juillet 1994, la cession est opposable au débiteur cédé à partir du moment où elle lui a été notifiée ou qu'il l'a reconnue⁽³³⁷⁾.

Développée par Mme Merchiers avant cette réforme, la distinction nous paraît pouvoir être maintenue actuellement, à une nuance près, déduite de la modification apportée à l'article 1691 du Code civil⁽³³⁸⁾. Aux termes de cette disposition, « le débiteur qui a payé de bonne foi avant que la cession ne lui ait été notifiée ou qu'il l'ait reconnue, est libéré. Le débiteur de bonne foi peut invoquer à l'égard du cessionnaire les conséquences de tout acte juridique accompli à l'égard du cédant, avant que la cession ne lui ait été notifiée ou qu'il l'ait reconnue ». L'exigence de bonne foi posée par le texte, soit l'ignorance par le débiteur cédé de la cession, ne subordonne l'opposabilité des exceptions que lorsque ces dernières découlent d'un acte juridique accompli à l'égard du cédant⁽³³⁹⁾. On relève enfin que des principes

(335) L'archétype de cette catégorie de moyen de défense est l'exception d'inexécution ; sur cette institution, voy., récemment, B. DUBUISSON et J.-M. TRIGAUX, « L'exception d'inexécution en droit belge », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles — Études de droit comparé*, Bruylant et L.G.D.J., 2001, pp. 57 et s.

(336) Y. MERCHIER, « Les effets de la cession de créance vis-à-vis du débiteur cédé », *op. cit.*, p. 528, n° 22.

(337) Sur cette réforme, voy. l'ouvrage cité *L'opposabilité de la cession de créance aux tiers*, La Charte, 1995.

(338) La réforme de 1994 a également modifié l'article 1295 du Code civil ; cette modification a consisté à supprimer l'ancien alinéa 1^{er}, disposition notablement dérogoire aux principes applicables à l'opposabilité des exceptions et à adapter l'alinéa 2 dans le cadre de la simplification du formalisme d'opposabilité ; on voyait traditionnellement dans l'article 1295 du Code civil une application du principe posé par l'article 1298, alinéa 1^{er}, du même Code, selon lequel la compensation n'a pas lieu au préjudice des droits acquis par des tiers (Ph. DRAKIDIS, « Des effets à l'égard des tiers de la renonciation à la compensation acquise », *Rev. trim. dr. civ.*, 1955, pp. 238 et s., sp. p. 246, n° 14 ; C. GABET-SABATIER, « Le rôle de la connexité dans l'évolution du droit des obligations », *Rev. trim. dr. civ.*, 1980, pp. 39 et s., sp. p. 46, n° 16) ; si tel nous paraît incontestablement le cas de l'actuel article 1295 (qui reprend le prescrit de l'ancien article 1295, alinéa 2), nous estimons que l'article 1295, alinéa 1^{er}, ancien, était une disposition dérogoire au droit commun, sinon exorbitante (P. WÉRY, « Le nouveau régime de l'opposabilité de la cession de créance », *op. cit.*, p. 67, n° 98 ; Y. MERCHIER, « Les effets de la cession de créance vis-à-vis du débiteur cédé », *op. cit.*, p. 536, n° 29) ; pour une application de cette disposition aujourd'hui abrogée, voy. Bruxelles (9^e ch.), 7 mars 2003, *J.T.*, 2003, p. 663).

(339) P. WÉRY, « Le nouveau régime de l'opposabilité de la cession de créance », *op. cit.*, sp. p. 65, n°s 91 à 93 ; P. VAN OMMEFLAGHE, « Le nouveau régime de la cession et de la dation en gage des créances », *J.T.*, 1995, pp. 529 et s., sp. p. 535, n° 16.

identiques régissent l'opposabilité des exceptions en cas d'endossement de facture ⁽³⁴⁰⁾, ainsi qu'en cas de nantissement de la créance ⁽³⁴¹⁾.

55. La délégation. Cette autre figure triangulaire qu'est la délégation est particulièrement intéressante car elle révèle un cas d'indisponibilité d'une créance, dont certains auteurs estiment qu'elle s'impose aux créanciers saisissants. Comme on le sait, la délégation est l'acte par lequel une personne, appelée délégant, obtient d'une autre personne, le délégué, qu'elle s'engage envers une troisième, le délégataire, qui accepte cet engagement ⁽³⁴²⁾. Ainsi, l'hypothèse n'est pas rare où un débiteur délègue à un des ses créanciers les loyers d'un de ses immeubles ; survient ensuite une saisie-arrêt à charge de ce même débiteur entre les mains du locataire. À ce propos, un auteur a pu écrire que bien qu'elle s'inscrive dans une relation triangulaire, « la question du sort de la créance du délégant dans la délégation simple tient de la quadrature du cercle. Il s'agit en effet de concilier jusqu'au dénouement la survie de la créance du délégant et la naissance de celle du délégataire, tout en préservant le délégué du risque de payer deux fois » ⁽³⁴³⁾.

Une importante partie de la doctrine insiste sur ce que la créance dont le délégant dispose vis-à-vis du délégué devient indisponible du fait de la délégation ⁽³⁴⁴⁾. Relativement à cette indisponibilité, MM. Dirix et Broeckx écrivent que les créanciers du délégant doivent s'incliner devant

(340) X. DUGARDIN, « Le nouveau régime de l'endossement de la facture », in *L'opposabilité de la cession de créance aux tiers*, ouvrage cité, pp. 75 et s., sp. p. 89, n° 19.

(341) E. DIRIX, « Gage de créances », in *Privileges et hypothèques*, Kluwer, 2002, pp. 14 et 15, n° 18.

(342) Fr. GLANSDORFF, « Le degré d'abstraction de la délégation imparfaite », in *Liber amicorum R. Pirson*, Bruylant, 1989, pp. 119 et s. ; voy. ég. W. VAN GERVEN et S. COVEMAERKER, *Verbintenissenrecht*, Acco, Leuven, Leusden, 2001, p. 355 ; la délégation intervient « le plus souvent entres personnes déjà liées par des liens d'obligation, le délégant étant à la fois débiteur du délégataire et créancier du délégué, et ce de manière à éviter des transferts multiples de fonds » (N. VAN DEWEERD, « Quelques réflexions à propos de la clause de délégation prévue dans le règlement de copropriété », note sous J.P. Auderghem, 20 déc. 1996, *J.J.P.*, 2000, pp. 389 et s., sp. p. 391) ; sur la délégation judiciaire que le législateur réserve aux créanciers d'aliments, voy. Chr. PANIER, « Les délégations de sommes », in *Les voies conservatoires et d'exécution — Bilan et perspectives*, Jeune Barreau de Bruxelles, 1982, pp. 141 et s. et M. FORGES, *La cession de rémunération et la délégation de sommes*, op. cit., pp. 91 à 103, n°s 161 à 174.

(343) D. HOUTCIEFF, note sous Cass. fr. (com.), 29 avr. 2002, *D.*, 2002, pp. 2673 et s. ; adde R. PERROT et Ph. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, op. cit., p. 368, n° 349, qui écrivent : « Si l'on observe que la dette du délégué envers le délégant est généralement considérée comme la cause de l'obligation assumée au profit du délégataire [...], la saisie crée, pour le délégué, le risque de devoir payer deux fois : aux créanciers du délégant, en vertu du rapport fondamental, et au délégataire en vertu de la délégation » ; voy. ég. Chr. LARROUMET, note sous Cass. fr. (com.), 16 avr. 1996, *D.*, 1996, J., p. 571, sp. p. 572, n° 3.

(344) G. VAN HAEGENBORGH, « Cessie of delegatie », obs. sous. Comm. Tongres (2^e ch.), 15 févr. 1990, *R.W.*, 1991-1992, pp. 929 et s., sp. p. 930 : « Inter partes heeft deze onbeschikbaarheid tot gevolg dat de delegant de gedelegeerde slechts mag aanspreken indien vaststaat dat deze laatste niet overgaat tot betaling in handen van de delegataris » ; E. DIRIX et K. BROECKX, *Beslag*, op. cit., p. 401, n° 685 ; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, op. cit., pp. 408 et 409, n° 326.

elle ; une saisie de la créance du délégant vis-à-vis du délégué est possible mais ne peut donner lieu à paiement⁽³⁴⁵⁾. La créance vis-à-vis du délégué existerait dans le patrimoine du délégant, mais sous condition suspensive de l'inexécution de la délégation⁽³⁴⁶⁾. Le délégué tiers saisi ne pourra être contraint à vider ses mains que s'il ne doit pas payer au délégataire⁽³⁴⁷⁾. Selon M. Larroumet, cette référence à une condition suspensive n'est pas nécessaire : « Ce n'est pas parce que la créance du délégant envers le délégataire [*sic* ; il faut lire, selon nous, « délégué »] subsiste dans le patrimoine du premier qu'il peut pour autant en disposer (par exemple en obtenant le paiement à son profit, en la cédant ou en consentant une remise de dette) ou que ses créanciers peuvent la saisir. Parce que le délégant a donné au délégué l'ordre de s'engager envers le délégataire, il ne peut adopter, ainsi que ses créanciers qui n'ont pas plus de droits que lui, un comportement qui serait contraire à l'ordre donné au délégué »⁽³⁴⁸⁾.

En France, ajoutons que la jurisprudence de la Cour de cassation aboutit à permettre qu'une saisie-attribution soit signifiée au délégué à charge du délégant, l'obligation liant ces derniers n'ayant pas quitté le patrimoine du délégant⁽³⁴⁹⁾. Néanmoins — c'est là que réside toute la subtilité de la solution —, si l'effet attributif est admis, le paiement au créancier saisissant ne l'est pas. « En pratique, l'attribution [...] interdira au délégué de se libérer entre les mains du délégant. Le délégué n'en

(345) « De schuldeisers van de delegant hebben zich bij die onbeschikbaarheid neer te leggen ; zij moeten de vordering nemen zoals zij die in het vermogen van de delegant aantreffen. Een beslag op die vordering is dus mogelijk [...] Enkel kan de gedelegeerde niet tot betaling worden gedwongen » (E. DIRIX et K. BROECKX, *Beslag*, *op. cit.*, p. 401, n° 685).

(346) E. DIRIX et K. BROECKX, *Beslag*, *op. cit.*, p. 401, n° 685 ; voy. ég. G. VAN HAEGENBORGH, « Cessie of delegatie », *op. cit.*, p. 930 ; l'étude de ce auteur paraît contenir une faute de frappe à cet endroit mais il se déduit d'un autre passage qu'il adopte la même position que MM. Dirix et Broeckx : « De derde-beslagene niet kan worden veroordeeld tot betaling in handen van de schuldeisers van de delegant, zolang de wanprestatie van eerstgenoemde ten aanzien van de delegataris niet vaststaat » (G. VAN HAEGENBORG, *ibid.*, p. 931).

(347) Comp. L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, *op. cit.*, pp. 408 et 409, n° 326 : « In afwachting van de effectieve betaling door (de gedelegeerde schuldenaar) aan (de delegataris), blijft (de delegant) nog wel steeds de titularis van zijn vorderingsrecht op (de gedelegeerde). Dat vorderingsrecht is evenwel ten gevolge van de delegatieovereenkomst gemodaliseerd, d.w.z. aan een onbindende voorwaarde onderworpen. Indien (de gedelegeerde) tot betaling aan (de delegant) overgaat, dooft de verbintenis/het vorderingsrecht uit ».

(348) Chr. LARROUMET, note citée, pp. 572 et 573, n° 5.

(349) Cass. fr. (com.), 16 avr. 1996, *Bull. civ.*, IV, p. 102, n° 120, *D.*, 1996, J., pp. 571 et s., avec note précitée de Chr. LARROUMET : « Si la créance du délégant sur le délégué s'éteint, non pas du fait de l'acceptation par le délégataire de l'engagement du délégué à son égard, mais seulement par le fait de l'exécution de la délégation, ni le délégant ni ses créanciers ne peuvent, avant la défaillance du délégué envers le délégataire, exiger paiement. En conséquence, la saisie-arrêt effectuée entre les mains du délégué par les créanciers du délégant ne peut avoir pour effet de priver le délégataire, dès son acceptation, de son droit exclusif à un paiement immédiat par le délégué, sans concours avec les créanciers saisissants, et la consignation des sommes saisies-arrêtées, que le délégué prétendrait opérer sur le fondement de l'article 1428, alinéa 2, du nouveau Code de procédure civile, ne le libère pas envers le délégataire ».

sera pas moins incité à payer au délégataire : en cas de défaillance à l'égard de ce dernier, il devrait payer deux fois, d'une part au titre de la créance saisie, d'autre part au titre de celle du délégataire. En revanche, si le délégué s'exécute normalement auprès du délégataire, ce paiement accompli entre les mains d'un créancier sera valable et entraînera l'extinction de la créance du délégant. Ce paiement étant opposable aux tiers dès lors que la délégation est acceptée, le saisissant ayant bénéficié de l'effet attributif verra sa créance s'évanouir, exactement comme s'il s'était agi d'une créance conditionnelle » ⁽³⁵⁰⁾.

On retiendra donc de cette opinion doctrinale commune à la Belgique et la France que l'indisponibilité d'une créance, déduite d'une relation juridique particulière, en l'occurrence une délégation, n'empêche pas sa saisissabilité mais fait obstacle, à tout le moins provisoirement, à ce que le tiers saisi vide ses mains entre celles de l'huissier instrumentant. L'on verra néanmoins ultérieurement que cette solution ne s'impose pas toujours lorsque la délégation cesse d'être le fait du juge sanctionnant le débiteur d'aliments de sa carence en autorisant son créancier, par la voie de la délégation, à percevoir directement ses revenus ⁽³⁵¹⁾. Dans cette dernière hypothèse, en droit belge, la priorité reconnue au créancier d'aliments est extrinsèque au mécanisme même de la délégation et réside dans les règles d'insaisissabilité modulées en sa faveur ⁽³⁵²⁾. En d'autres

(350) D. HOUTCIEFF, note citée sous Cass. fr. (com.), 29 avr. 2002, p. 2675, n° 9 ; selon l'auteur, l'interdiction de paiement au délégant (ou à ses créanciers) résulterait l'interdiction pour ce délégant de se contredire au détriment d'autrui.

(351) Sur la délégation ordonnée par le juge, voy. Anvers (3^e ch), 14 mai 1996, R.W., 1996-97, p. 1206 (somm.), qui décide que la délégation ne peut pas être considérée comme une catégorie de saisie-arrêt exécution ; en conséquence, les règles légales en matière de saisie-arrêt ne s'appliquent pas et le tiers débiteur n'a pas l'obligation d'effectuer la déclaration telle que visée aux articles 1452 et 1539 du Code judiciaire ; le tiers débiteur ne peut dès lors pas être déclaré débiteur des causes de la saisie en vertu de l'article 1540 du même Code ; *adde* Liège (7^e ch.), 28 janv. 1999, J.T., 1999, p. 273, dont l'enseignement est identique, mais réserve à juste titre l'application de l'adage « qui mal paie, paie deux fois ».

(352) Les articles du Code civil qui permettent au juge d'ordonner une délégation pour sanctionner l'inexécution de la dette d'aliments réservent expressément les droits des tiers (voy. ainsi les articles 203^{ter} et 221 du Code civil, auxquels se réfèrent les articles 301^{bis} du Code civil et 1280 du Code judiciaire) ; néanmoins, aux termes de l'article 1412, alinéa 2, du Code judiciaire, lorsque tout ou partie des sommes dues au débiteur d'aliments ne peuvent lui être versées en raison d'une saisie, d'une cession ou d'une délégation mise en œuvre au profit du créancier d'aliments, ces sommes ne sont saisissables ou cessibles d'un autre chef qu'à concurrence de la quotité déterminée conformément aux dispositions du présent chapitre, diminuée des montants cédés, saisis ou payés au conjoint ou au créancier d'aliments ; comme on l'a justement fait observer, « cette disposition [...] crée au profit du délégataire de sommes un véritable privilège, en réduisant la quotité cessible ou saisissable par les autres créanciers du délégant d'un montant égal à celui qui est dû au titre de la délégation ; ce montant sera donc en tout cas payé au bénéficiaire. Ainsi donc, le principe [selon lequel la délégation intervient sans préjudice des droits des tiers] ne trouve-t-il à s'appliquer que pour les revenus et sommes non visés aux articles 1409 et 1410 du Code judiciaire ; ces revenus et sommes sont en réalité les moins aisément déléguables en sorte que la règle de la sauvegarde des droits des tiers ne connaît qu'un champ d'application assez restreint » (Chr. PANIER, « Les délégations de sommes », *op. cit.*, pp. 182 et 183).

termes, lorsque la délégation revêt un caractère purement conventionnel, le court-circuit qu'elle consacre subit parfois la loi du concours⁽³⁵³⁾.

Une autre particularité de la délégation susceptible de retenir notre attention réside dans le problème de l'opposabilité des exceptions. Si certains auteurs se déclarent partisans d'une double abstraction de la créance du délégataire vis-à-vis du délégué⁽³⁵⁴⁾, M. Glansdorff nous paraît avoir démontré la possibilité pour le délégué d'opposer au délégataire les exceptions déduites de l'obligation dont ce dernier est titulaire vis-à-vis du délégant⁽³⁵⁵⁾. Cet auteur voit en effet dans la créance du délégataire sur le délégant l'objet même de l'obligation du délégué⁽³⁵⁶⁾.

56. Conclusions. « De même que les difficultés de l'existence révèlent les vrais amis, de même la fragilité de telle ou telle règle apparaît parce qu'elle ne peut pas s'appliquer telle quelle en cas de cessation de paiement du débiteur »⁽³⁵⁷⁾. L'opposabilité des exceptions liées à une créance transportée est un principe général en droit civil qui prospère nonobstant la survenance d'un concours ; elle doit s'imposer, à défaut d'une dérogation légale dont l'interprétation sera nécessairement restrictive⁽³⁵⁸⁾. Elle se rencontre également en cas de paiement avec subrogation⁽³⁵⁹⁾ ; il en est de même lorsque la cession de créance intervient dans

(353) Voy. Bruxelles (2^e ch.), 3 nov. 1994, *J.T.*, 1995, p. 215 et J.P. AUDERGHEM, 20 déc. 1996, *J.J.P.*, 2000, p. 389, avec note N. VANDEWEERD, que nous évoquons ci-après (*infra*, n° 71).

(354) Voy., p. ex., W. VAN GERVEN et S. COVEMAEKER, *Verbintenisrecht*, *op. cit.*, p. 355 ; un arrêt de la cour d'appel de Mons du 17 avril 1990 a adopté cette conception (Mons, 17 avr. 1990, *R.D.C.*, 1991, p. 835).

(355) Voy. Fr. GLANSDORFF, « Le degré d'abstraction dans la délégation imparfaite », *op. cit.*, sp. pp. 122 à 129 ; *contra*, mais à tort selon nous, G. DUBOC, La compensation et les droits des tiers, *op. cit.*, p. 93, nos 135 et 136 ; comp. N. VANDEWEERD, « Quelques réflexions à propos de la clause de délégation prévue dans le règlement de copropriété », note sous J.P. Auderghem, 20 déc. 1996, *J.J.P.*, 2000, pp. 393 et 394, qui évoque, pour justifier la décision admettant l'opposabilité au délégataire d'une exception de compensation, la distinction opérée en France entre délégation certaine et incertaine.

(356) Fr. GLANSDORFF, « Le degré d'abstraction dans la délégation imparfaite », *op. cit.*, pp. 128 et 129 ; en ce sens ég. L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, *op. cit.*, p. 406, n° 325 ; que la délégation soit parfaite ou imparfaite, l'auteur estime qu'il s'agit de la même dette, respectivement transmise ou dédoublée ; dès lors, dans la délégation imparfaite, le délégataire ne peut recevoir paiement qu'une fois, soit du délégué, soit du délégant ; l'auteur concède cependant qu'une partie de la doctrine inscrit la délégation dans le prolongement de la novation, laquelle emporte par définition naissance d'une autre dette (*ibid.*, p. 407) ; nous ne voyons personnellement pas, face à un accord tripartite, ce qui pourrait empêcher la naissance d'une nouvelle dette exactement calquée sur la dette originaires du délégant vis-à-vis du délégataire.

(357) Y. GUYON, « Le droit des contrats à l'épreuve du droit des procédures collectives », in *Études offertes à Jacques Ghestin — Le contrat au début du XXI^e siècle*, L.G.D.J., 2001, pp. 405 et s., sp. p. 406, n° 3.

(358) Fr. GLANSDORFF, « Le degré d'abstraction de la délégation imparfaite », *op. cit.*, p. 129 ; voy., plus généralement, M. BILLIAU, *La transmission des créances et des dettes*, L.G.D.J., Droit des affaires, 2002, pp. 31 à 45, nos 29 à 39 ; adde P. HENRY, « Action directe du sous-traitant : deux nouvelles précisions importantes », obs. citées sous Cass. (1^{re} ch.), 25 mars 2005, *J.L.M.B.*, 2005, sp. p. 1041, qui écrit que la solution consacrée par l'arrêt en matière d'action directe est classique.

(359) J. GHESTIN, « La transmission des obligations en droit positif français », *op. cit.*, p. 42, n° 59 ; M. BILLIAU, *La transmission des créances et des dettes*, *op. cit.*, p. 32, n° 29.

le cadre de fusion ou scission propres au droit des sociétés⁽³⁶⁰⁾. Cet enseignement doit être étendu à la saisie-arrêt, qui, tout en ne réalisant « ni cession de créance ni novation par changement de débiteur »⁽³⁶¹⁾, ne peut empêcher le tiers d'opposer au créancier saisissant les exceptions qu'il peut opposer au débiteur saisi⁽³⁶²⁾.

Ainsi, les spécialistes du droit de l'exécution, après avoir souligné, comme nous l'avons nous-même rapporté précédemment⁽³⁶³⁾, que les créances à terme, conditionnelles ou litigieuses pouvaient être l'objet d'une saisie-arrêt, ne manquent jamais de souligner que le saisissant ne peut faire valoir plus de droits que son débiteur⁽³⁶⁴⁾. La précarité des avoirs de celui-ci se répercutera sur celui-là⁽³⁶⁵⁾. En France, l'article 13 de la loi du 9 juillet 1991, plus complet, est ainsi rédigé : « Les saisies peuvent porter sur les créances conditionnelles, à terme ou à exécution successive. Les modalités propres à ces obligations s'imposent au créancier saisissant »⁽³⁶⁶⁾. Une action en nullité ou en résolution exercée par le débiteur saisi ou par le tiers saisi ne pourra que porter une atteinte légitime aux perspectives de recouvrement du créancier saisissant⁽³⁶⁷⁾.

(360) S. BEYAERT, « Overdracht van contracten », note sous Liège (3^e ch.), 22 mars 2000, *R.G.D.C.*, 2003, pp. 654 et s., sp. p. 661, n° 12 : « Dit kenmerk van de schuldvoordringsoverdracht brengt aan de passief-zijde van de verbintenis met zich dat de gecedeerde schuldenaar alle excepties en verweermiddelen die hij tegenover de ontbonden vennootschap had tegenover de overnemende vennootschap zou kunnen inroepen ».

(361) G. de LEVAL, *La saisie-arrêt*, *op. cit.*, p. 296, n° 190.

(362) G. de LEVAL, *La saisie-arrêt*, *op. cit.*, p. 302, n° 195 et p. 220, n° 145 ; voy. A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours », *op. cit.*, p. 867, n° 5 : « Faillite et saisie, en cas de concours, produisent des effets comparables. Lorsqu'ils saisissent le patrimoine de leur débiteur, l'emprise des créanciers sur la partie de ce patrimoine constituée de droits personnels se borne à ce qu'ils représentent entre parties. Elle se heurte aux obligations corrélatives à ces droits » ; ces derniers auteurs amplifient cependant à tort la portée de ce principe, en prétendant que « l'assiette de la saisie collective serait le contrat, non la créance détachée ».

(363) Voy. *supra*, n° 35.

(364) E. DIRIX et K. BROECKX, *Beslag*, *op. cit.*, p. 407, n° 697 : « Het beslag mag geen nadeel toebrengen aan de positie van de derde-beslagene. Ook wat dit aspect betreft bestaat er dus gelijkenis met de cessie van schuldvoordring » ; *adde ibid.*, p. 435, n° 754 ; G. DE FOESTRAETS, « Saisie-arrêt et cession de créance : un difficile équilibre », in *Liber Amicorum Commission droit et vie des affaires*, Bruylant, 1998, p. 161, n° 5 ; M. FORGES, *La cession de rémunération et la délégation de sommes*, *op. cit.*, p. 14, n° 20 ; voy. déjà Ch. LEURQUIN, *Code de la saisie-arrêt*, *op. cit.*, p. 60, n° 29, qui, en l'absence de texte exprès, écrivait : « Une créance à terme peut faire l'objet d'une saisie-arrêt. Il est inutile d'insister sur ce point. La saisie ne causera aucun préjudice au tiers saisi, qui continuera à jouir du bénéfice du terme ».

(365) En guise d'exemple, on peut citer le cas fréquent de la saisie-arrêt faite entre les mains d'un notaire à l'occasion de la vente d'un immeuble : « Si l'on rubrique un acompte reçu dans le cadre d'une vente sous condition suspensive, une saisie-arrêt pratiquée par un créancier de l'acquéreur ou du vendeur ne pourra sortir ses effets que si la somme revient effectivement à son débiteur » (P. VAN den EYNDE, « L'individualisation des sommes, titres et valeurs au porteur », in *Les garanties financières offertes par le notariat*, Fédération royale des notaires de Belgique, 1989, pp. 367 et s., sp. p. 388, n° 37).

(366) S. CIMAMONTI, *Biens insaisissables — Étendue*, *op. cit.*, p. 4, n° 10.

(367) E. DIRIX et K. BROECKX, *Beslag*, *op. cit.*, p. 408, n° 697 ; quant à la question de savoir si le créancier saisissant pourrait s'insurger contre une résolution amiable intervenant entre le débiteur saisi et le tiers saisi, les auteurs renvoient aux exigences de l'article 1167 du Code civil.

Au stade de l'exécution, en vertu de l'article 1543 du Code judiciaire, seul le tiers saisi dont la dette est liquide et exigible est tenu de vider ses mains entre celles de l'huissier de justice. Enfin, ultime signe du respect dû par le saisissant à la situation du tiers saisi, en cas de contestation par ce dernier de sa dette vis-à-vis du saisi, le Code judiciaire prévoit une procédure particulière de renvoi au juge compétent pour en connaître⁽³⁶⁸⁾.

L'opposabilité de la teneur du rapport obligationnel n'est cependant pas absolue⁽³⁶⁹⁾. Elle connaît des limites. Nous avons pu relever, lors de notre comparaison des différents mécanismes triangulaires, qu'un effet d'indisponibilité s'attachait à la mise en œuvre de l'action directe et à la conclusion d'une cession de créance. Il s'impose dès lors d'approfondir cet aspect en examinant la nature et les effets de la saisie-arrêt. On constatera que certaines modalités convenues perdent leur efficacité vis-à-vis des tiers. Tel est l'objet du second chapitre du présent titre.

(368) Voy. les articles 1456, alinéa 2, et 1542, alinéa 2, du Code judiciaire ; pour une application, voy. Civ. Liège (sais.), 21 juin 1993, Comm. Liège, 15 févr. 1994, Comm. Liège, 9 mai 1995 et Civ. Liège (sais.), 2 oct. 1995, Act. dr., 1996, pp. 256 et s., avec obs. G. de LEVAL ; *adde* l'arrêt du 21 décembre 1998 de la cour d'appel d'Anvers (Anvers, 21 déc. 1998, R.W., 1999-2000, p. 299 avec note N. PEETERS, « De schuldenaarsverklaring en de betwisting van de schuld door de derde-beslagene »), qui rappelle l'agencement entre la procédure de condamnation du tiers saisi par le juge des saisies et celle ressortissant au juge du fond en cas de contestation de sa dette par le tiers saisi ; la cour d'appel d'Anvers était saisie de la question de savoir si la déclaration d'un cessionnaire d'actions selon laquelle le prix de ces dernières était payé au moment de la saisie constituait une contestation de sa dette au sens de l'article 1456, alinéa 2, du Code judiciaire ; à juste titre, la cour répondit par la négative : la cession et le prix n'étaient en effet pas contestés et il incombait au seul juge des saisies d'apprécier le respect de l'interdiction de dessaisissement et de la déclaration de tiers-saisi ; dans la même veine, une décision inédite du juge des saisies de Bruxelles refuse le renvoi au juge du fond sur pied de l'article 1542, alinéa 2, lorsque le tiers saisi se borne, en se prévalant du droit de rétention, non pas à contester sa dette de restitution des objets mais à affirmer qu'il a le droit d'en différer l'exécution jusqu'au jour où le débiteur aura payé ce qu'il lui doit (Civ. Bruxelles, sais., 11 mars 1999, R.G. n° 98/5151/A).

(369) Comp. et *contra* : M.-E. STORME, « De drievoudige gelaagheid van schuldvorderingen en hun bescherming », in *Liber amicorum Walter van Gerven*, Kluwer, 2000, pp. 329 et s., sp. p. 332 ; si nous abondons dans le sens de l'auteur au stade des principes qu'il pose (« Wanneer een schuldvordering tussen partijen een bepaalde inhoud heeft, bepaalde modaliteiten heeft, op een bepaalde wijze is gespecificeerd, dan werken deze bepalingen (als ze verbintenisrechtelijk geldig zijn) ook 'zakenrechtelijk' omdat ze inherent zijn aan de onlichamelijke 'zaak' (de schuldvordering) »), nous ne pouvons accepter les applications qu'il en fait, d'ailleurs sans citer de référence à ce propos et en s'abstenant de signaler les controverses qui émaillent cette matière (« Anders bij lichamelijke goederen, kunnen de partijen...dan ook met uitwendige werking bepalen dat de schuldvordering niet overdraagbaar is, dat meerdere schuldvorderingen een ondeelbaar geheel vormen of omgekeerd een schuldvordering in meerdere wordt opgesplitst, dat een schuldvordering onbeschikbaar wordt...en dergelijke meer »).

CHAPITRE 2

SAISIE-ARRÊT ET INOPPOSABILITÉ

57. Plan du chapitre. Après avoir constaté que le créancier saisissant devait s'incliner face à l'opposabilité de la relation juridique qu'il entend saisir, il nous reste à établir que cet assujettissement à l'opposabilité connaît des limites. L'effet d'emprise, qu'illustrent particulièrement les conséquences des procédures collectives, est également d'application en cas de saisie-arrêt. Il nous paraît nécessaire d'affiner ce concept au regard des particularités du droit des saisies (section I). Les implications concrètes de cette emprise seront ensuite examinées (section II).

SECTION I

La théorie du concours et la saisie-arrêt

58. La sauvegarde de principes fondamentaux déroge au principe d'opposabilité. Comme nous l'avons déjà souligné, les articles 7 et 8 de la loi hypothécaire ne confèrent pas des prérogatives illimitées aux créanciers⁽³⁷⁰⁾. On considère traditionnellement que les créanciers, particulièrement ceux qui sont chirographaires, doivent subir les relations contractuelles de leurs débiteurs et les fluctuations patrimoniales qui en découlent⁽³⁷¹⁾. Ils trouvent le patrimoine tel qu'il est, qu'il s'agisse d'une procédure collective ou d'une saisie⁽³⁷²⁾. Cet enseignement n'est cependant pas absolu.

Nous avons évoqué, dans le premier chapitre du présent titre, des hypothèses où l'opposabilité aux tiers d'une relation juridique est tributaire d'une connaissance réelle ou présumée ou de l'accomplissement de

(370) Voy. *supra*, n° 5.

(371) M. GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, op. cit., p. 43, n° 68 ; Ph. MALINVAUD, *Droit des obligations*, op. cit., p. 174, n° 245 ; G. de LEVAL, *La saisie-arrêt*, op. cit., p. 120, n° 75 ; I. CORBISIER, « Les différents tiers au contrat (rapport belge) », op. cit., p. 105, n° 11 ; *adde* les développements de M. Duclos sur le sort du créancier chirographaire (J. DUCLOS, *L'opposabilité (Essai d'une théorie générale)*, op. cit., p. 73, n° 48, p. 177, n° 147, p. 195, n° 168) ; comp. J. BONNECASE, « La condition juridique du créancier chirographaire », *Rev. trim. dr. civ.*, 1920, pp. 103 et s., sp. pp. 122 à 145 ; l'auteur s'était attaché à démontrer que le système juridique français reconnaissait au créancier un certain droit de regard sur la gestion du patrimoine par le débiteur, même si le droit civil lui paraissait en retrait à cet égard par rapport au droit commercial.

(372) E. DIRIX, « Faillissement en lopende overeenkomsten », *R.W.*, 2003-2004, pp. 201 et s., sp. p. 203, n° 8.

formalités de natures diverses⁽³⁷³⁾. À côté d'elles, on constate que le droit objectif, auquel revient le dernier mot pour « déterminer les effets déclenchés par l'accord de volontés »⁽³⁷⁴⁾, organise certains cas d'inopposabilité.

On relève, parmi les exemples cités par une doctrine aussi autorisée que celle de MM. Fontaine et Ghestin⁽³⁷⁵⁾, l'action paulienne, les inopposabilités de la période suspecte en cas de faillite et le sort de la clause de réserve de propriété en cas de concours⁽³⁷⁶⁾. Par ailleurs, à la suite de son examen des cas où l'opposabilité des conventions aux tiers est tempérée, Mme Marchessaux écrit : « Il nous sera permis d'extrapoler, et d'affirmer, de façon générale, que le principe de l'opposabilité des conventions, simple technique juridique, déduite d'une observation du réel — et non pas principe métaphysique —, doit se soumettre aux tempéraments exigés par l'utile et le juste afin de répondre pleinement à sa finalité conciliatrice »⁽³⁷⁷⁾.

De façon extrêmement intéressante pour notre sujet, M. Cornélis évoque l'inopposabilité d'obligations ou de conventions qui s'inscrivent à l'encontre de « rechtsregels van gebiedend of verbiedend recht of tegen de algemene begrippen openbare orde en goede zeden »⁽³⁷⁸⁾. Selon M. Fontaine, pareilles hypothèses d'inopposabilité s'expliquent en raison de « situations particulières pour les tiers », par exemple lorsque « l'opération présente pour eux des répercussions économiques importantes »⁽³⁷⁹⁾. Un autre auteur ajoute qu'« indépendamment d'une fraude, la sécurité juridique, la protection des tiers, le principe d'égalité

(373) Voy. *supra*, n° 49.

(374) J. GHESTIN, *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, op. cit., p. 18, n° 10.

(375) M. FONTAINE, « Les effets « internes » et les effets « externes » du contrat », pp. 56 et 57, nos 36 à 40 et « Synthèse des travaux », pp. 433 et 434, n° 9, in *Les effets du contrat à l'égard des tiers* ; M. Cornélis opère lui aussi nettement la distinction entre les cas où la loi subordonne l'opposabilité à des conditions particulières et ceux où la loi impose l'inopposabilité (L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, op. cit., p. 379, n° 304) ; voy. ég. I. CORBISIER, « Les différents tiers au contrat », in *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, p. 105, n° 11.

(376) Jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, il était admis que la saisie d'un bien mobilier empêchait le jeu de la condition résolutoire, de la réserve de propriété ou de l'action en résolution du vendeur de ce bien mobilier resté impayé : R. PIRET, « À propos des recours du vendeur à tempérament en présence de tiers », note sous Gand (1^{re} ch.), 15 févr. 1951, *R.C.J.B.*, 1951, pp. 161 et s., sp. p. 176 ; Cass. (1^{re} ch.), 31 mai 1956, *R.C.J.B.*, 1956, pp. 241 et s., avec note A. KLUYSKENS, « Effets vis-à-vis des autres créanciers de la clause prévoyant la résolution de plein droit de la vente en cas de non-paiement du prix » ; l'article 101 de la loi du 8 août 1997 a modifié cet état de fait en ce qui concerne la clause de réserve de propriété en cas de faillite ; à nos yeux la réforme de 1997 n'a changé la donne qu'en ce qui concerne la faillite, sans modifier sur ce point l'article 20, 5°, de la loi hypothécaire ; la question est cependant controversée ; voy. les références citées *infra*, n° 71.

(377) I. MARCHESSEAU, « L'opposabilité du contrat aux tiers », in *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, op. cit., p. 91, n° 28.

(378) L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, op. cit., p. 379, n° 304.

(379) M. FONTAINE, « Synthèse des travaux », op. cit., p. 434, n° 10 ; voy. ég. I. CORBISIER, « Les différents tiers au contrat », op. cit., p. 105, n° 11.

des créanciers voire un texte de loi exprès, imposent que certains actes ne puissent produire d'effets externes »⁽³⁸⁰⁾. Enfin, M. Alter distingue, parmi les « limites et exceptions au principe de l'opposabilité des effets externes des conventions », « l'opposabilité conditionnée par l'accomplissement de certaines formalités légales de publicité », « l'inopposabilité des actes conclus en fraude aux droits des tiers » et « l'inopposabilité des conventions créant une 'sûreté réelle' non prévue par la loi aux créanciers 'en concours' »⁽³⁸¹⁾.

59. L'appui de la jurisprudence de la Cour de cassation et de la Cour d'arbitrage. L'effcience du droit de l'exécution et l'égalité des créanciers nous paraissent effectivement participer de principes fondamentaux dérogeant à l'opposabilité de certaines relations juridiques⁽³⁸²⁾. M. Cornélis cite d'ailleurs à titre d'illustration de ses propos l'important arrêt de la Cour de cassation du 17 octobre 1996, sur lequel nous reviendrons et qui refusa de censurer une décision de fond ayant privé d'efficacité une atteinte au principe d'égalité non prévue par la loi⁽³⁸³⁾. On peut également citer l'arrêt du 2 mai 1985, qui a vu dans le principe d'égalité des créanciers une règle fondamentale de l'exécution forcée et de chaque procédure de liquidation collective⁽³⁸⁴⁾.

Témoin supplémentaire de l'importance du principe d'égalité des créanciers, un arrêt de la Cour d'arbitrage du 10 décembre 2003 a décerné un brevet de constitutionnalité à l'article 46 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, qui consacre le pouvoir du curateur de mettre fin aux contrats en cours⁽³⁸⁵⁾.

Dans cette affaire, le tribunal de commerce de Bruxelles avait en substance interrogé la Cour constitutionnelle sur la question de savoir si l'article 46 de la loi du 8 août 1997 autorisait le curateur à mettre fin à un bail commercial sans respecter les dispositions de la loi du 30 avril 1951, protectrices des droits du preneur et s'il se concevait qu'aucune indemnité d'éviction ne soit due au preneur par le curateur du bailleur

(380) M. von KUEGELGEN, « Réflexions sur le régime des nullités et des inopposabilités », *op. cit.*, p. 585, n° 17.

(381) C. ALTER, « Les effets externes du contrat », *op. cit.*, pp. 109 à 114, n°s 3.22 à 3.31.

(382) P. CROCQ, *Propriété et garantie*, *op. cit.*, p. 189, n° 235 : « Les articles 2092, 2093 et 2094 C. civ. étant des dispositions légales impératives, seule la loi peut y déroger. De même qu'elle seule peut créer des patrimoines d'affectation (fortune de mer, acceptation sous bénéfice d'inventaire [...]), privilège de séparation des patrimoines, fonds communs de placements ou de créances), elle seule peut créer entre les créanciers d'un même débiteur des causes de préférence sur les biens figurant dans son patrimoine ».

(383) L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, *op. cit.*, p. 379, n° 304.

(384) Cass. (1^{re} ch.), 2 mai 1985, *Pas.*, 1985, I, p. 1078, *R.D.C.*, 1985, p. 531, avec concl. av. gén. H. JANSSENS de BISTHOVEN, *R.W.*, 1985-1986, p. 27, *Rev. Banque*, 1986, n° 2, p. 27 avec note J. HEENEN, *J.T.*, 1986, p. 289, *R.C.J.B.*, 1989, p. 420, avec note M. FORGES et Fr. T'KINT, « Égalité des créanciers et concordat judiciaire ».

(385) C.A., 10 déc. 2003, n° 161/03, *M.B.*, 20 févr. 2004, *R.D.C.*, 2004, p. 253 avec note H.R.

failli. La partie décisive de l'arrêt de la Cour d'arbitrage est particulièrement brève. À la première question, la Cour répondit : « Il ressort des travaux préparatoires de la loi du 8 août 1997 sur les faillites que le législateur a voulu « mieux concilier les intérêts des créanciers, des pouvoirs publics, des travailleurs et du failli lui-même » (*Doc. parl.*, Chambre, 1991-1992, n° 631/1, p. 1). Il s'est soucié de tenir « compte, de manière équilibrée, des intérêts combinés de la personne du failli, des créanciers, des travailleurs et de l'économie dans son ensemble » et d'assurer un règlement humain qui respecte les droits de toutes les parties intéressées (*ibid.*, n° 631/13, p. 29). Concernant le sort des contrats en cours, il a voulu confier au curateur le pouvoir de décider s'il exécute ou non le contrat, « faute de quoi certains créanciers pourraient obtenir plus de la faillite que d'autres, ce qui violerait le principe de l'égalité » (*ibid.*, n° 631/1, p. 23). En visant tous les contrats, y compris ceux qui sont régis par la loi du 30 avril 1951 sur les baux commerciaux, le législateur prend une mesure pertinente au regard de l'objectif poursuivi, qui est d'assurer l'égalité des créanciers, donc de ne pas favoriser certains créanciers par rapport à d'autres. Si les curateurs étaient obligés en toutes circonstances de poursuivre les contrats de bail commercial, les autres créanciers de la faillite pourraient être préjudiciés en ce que la réalisation d'un bien immobilier grevé d'un bail commercial en cours peut être préjudiciable pour la masse. La spécificité d'une faillite qui doit assurer le traitement égal des créanciers justifie raisonnablement la différence de traitement entre deux catégories de preneurs d'un bail commercial, selon que le bailleur avec lequel ils ont contracté est commerçant ou non ».

La seconde question reçut une réponse encore plus brève : « Le juge *a quo* interroge la Cour sur la compatibilité de la disposition en cause avec les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'elle interdirait au preneur évincé de réclamer paiement au curateur qualifié qu'à d'une indemnité d'éviction prévue par l'article 25 de la loi du 30 avril 1951. La disposition en cause n'interdit pas au cocontractant évincé de prétendre au paiement d'une indemnité, conformément aux règles applicables en la matière. Il est vrai que cette créance suit la loi du concours. Mais cette solution est conforme à la règle de l'égalité des créanciers et ne crée donc pas de différence de traitement injustifiée » ⁽³⁸⁶⁾.

(386) Nous nous étonnons dès lors du commentaire de la note qui assortit la publication de l'arrêt de la Cour de cassation du 24 juin 2004 sur le site internet de la Cour (Cass. (1^{re} ch.), 24 juin 2004, www.cass.be) ; la note indique, outre des références doctrinales, que « l'arrêt rendu par la Cour d'arbitrage le 10 décembre 2003 (n° 16/2003, M.B. 20 février 2004) part aussi de l'hypothèse que l'article 46 vise l'ensemble des contrats (considérant n° B.4) ; l'arrêt précité ne décide pas que la créance du cocontractant est soumise à la loi du concours (considérant n° B.7) ».

Un arrêt de la Cour de cassation du 24 juin 2004 interprète également l'article 46 de la loi du 8 août 1997 comme un facteur de préservation du principe d'égalité des créanciers et de bonne gestion de la masse⁽³⁸⁷⁾. De la sorte, pourvu que le curateur puisse justifier de l'intérêt de la liquidation, il peut mettre fin à une convention qui avait été conclue valablement et qui, partant, lui était opposable. Nous reviendrons ultérieurement sur la teneur de ces arrêts de la Cour de cassation et de la Cour d'arbitrage et sur la controverse qu'ils ont suscitée lorsque nous répliquerons à une partie de la doctrine qui entend minimiser la portée du principe d'égalité⁽³⁸⁸⁾. Retenons simplement que ces décisions nous paraissent illustrer l'importance réservée par ces hautes juridictions au principe d'égalité des créanciers, qui est susceptible d'écarter l'opposabilité des conventions. Le concours étant le réceptacle de cette égalité, il nous incombe dès lors de l'étudier plus attentivement.

60. Concours et indisponibilité. Les efforts de la doctrine pour cerner les conséquences du droit de poursuite des créanciers sur le patrimoine de leur débiteur se sont essentiellement développés à partir de l'analyse de l'institution séculaire de la faillite, et plus généralement des procédures collectives telles la liquidation des personnes morales et les institutions concordataires. Dans pareilles hypothèses, de nombreux créanciers voyaient leurs droits s'affronter sur un patrimoine désormais destiné à être réalisé à leur profit. Ces cas de concours « trace[nt] les limites et [...] assure[nt] l'effectivité » du principe de l'égalité des créanciers⁽³⁸⁹⁾.

À l'issue de sa thèse consacrée à l'élaboration d'une théorie générale du concours, Mme Grégoire considère que celui-ci résulte de « l'opération, appelée réalisation, par laquelle deux droits de créance au moins acquièrent un caractère d'opposabilité absolue, par la poursuite de leur exécution forcée, sur un ou plusieurs biens du débiteur, désormais détachés de leur affectation naturelle, et considérés comme pure valeur, destinée, aux yeux de tous, au remboursement des créanciers participant à la procédure d'exécution forcée »⁽³⁹⁰⁾. Dès la naissance du

(387) Cass. (1^{re} ch.), 24 juin 2004, *R.D.C.*, 2005, pp. 241 et s., avec note A. ZENNER et C. ALTER, « Faillite et contrats en cours : faculté de ne pas poursuivre l'exécution ou droit de résiliation dans le chef du curateur ? » et avec note Chr. VAN BUGGENHOUT et I. VAN de MIEROP, « Wat baten kaars en bril, als den uil niet zien wil ».

(388) Voy. *infra*, n^{os} 83 et 84.

(389) Fr. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, *op. cit.*, p. 51, n^o 84.

(390) M. GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, *op. cit.*, p. 428, n^o 590 ; on peut se demander si les premiers développements de la thèse de Mme Grégoire, consacrés à l'exhaussement, par l'effet du concours, des droits de créance à des prérogatives d'opposabilité absolue, ne procèdent pas d'une confusion entre l'opposabilité des droits et la teneur particulière de ceux-ci ; voy. sur ce point J. GHESTIN, *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, « Introduction », *op. cit.*, p. 17, n^o 9, qui démontre qu'il n'est aucunement nécessaire de se référer au concept de propriété de la créance pour en justifier l'opposabilité aux tiers.

concours, la fluctuation du patrimoine, jusque-là sans limite, devient impossible ; subissant un « accident de la vie juridique »⁽³⁹¹⁾, ce patrimoine doit « prendre les inflexions et recevoir la destination qu'impose la loi »⁽³⁹²⁾. L'indisponibilité des biens sous le coup du concours « paralyse la naissance sur ceux-ci de prétentions incompatibles avec le droit du créancier saisissant »⁽³⁹³⁾. La *réalisation* du droit de créance, par laquelle ce dernier revêt un caractère d'opposabilité absolue *a priori* propre au droit réel⁽³⁹⁴⁾, est intimement liée à cette emprise⁽³⁹⁵⁾.

61. Translation du collectif à l'individuel. Cette atteinte limitée à l'efficacité externe des conventions se retrouve dans les mesures d'exécution individuelle. À l'instar des procédures collectives, la saisie-arrêt doit éviter que « le trouble, causé par la défaillance du débiteur, soit aggravé par les manœuvres de créanciers qui, mieux informés ou plus habiles que les autres, cherchent à bénéficier d'un paiement préférentiel, en violation du principe d'égalité »⁽³⁹⁶⁾.

Ces dernières considérations nous conduisent naturellement à approfondir la question du statut du créancier opérant une saisie-arrêt. Le délicat agencement de principes contradictoires nous paraît nécessiter pareille analyse car il ne peut être ici question d'évidences⁽³⁹⁷⁾.

Au regard de la conception du concours proposée par Mme Grégoire, deux questions se posent. Une telle réalisation du droit de créance s'attache-t-elle à la saisie *in se* ? Plus précisément, en raison du caractère initialement *individuel* de la saisie-arrêt, faut-il n'attribuer aucun des effets du concours avant que ne se manifeste un autre créancier du débiteur saisi ? Par ailleurs, étant donné l'accent mis sur la *réalisation* du

(391) A.-Ch. VAN GYSEL, *Les masses de liquidation en droit privé*, Bruylant, 1994, p. 8.

(392) M. GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, op. cit., p. 187, n° 280.

(393) M. GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, op. cit., p. 18, n° 23.

(394) Voy. le sentiment identique d'E. DIRIX, « Commentaire Art. 7 L.H. », in *Privilèges et hypothèques*, Kluwer, 1998, p. 6, n° 5 et « Commentaire Art. 8 L.H. », *ibid.*, p. 3, n° 2, qui évoque « l'effet réel » qui s'attache au droit personnel en raison de la saisie.

(395) M. GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, op. cit., p. 38, n° 62 ; selon nous, on peut mettre en doute la justesse de la référence à une opposabilité à intensité variable ; tous les droits, réels ou personnels, jouissent d'une opposabilité identique ; il s'agit simplement de tenir compte de la différence de nature des droits.

(396) Y. GUYON, « Le droit des contrats à l'épreuve du droit des procédures collectives », in *Études offertes à Jacques Ghestin — Le contrat au début du XXI^e siècle*, L.G.D.J., 2001, pp. 405 et s., sp. p. 407, n° 4.

(397) A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours », op. cit., p. 866, n° 4 qui parlent de « fréquente cécité » à propos de l'opposabilité des droits aux tiers ; ils ne se réfèrent cependant ni à M. Cornélis ni à M. Fontaine et se bornent à citer, parmi d'autres arrêts, et sans le commenter, l'arrêt de la Cour d'arbitrage du 10 décembre 2003 ; ce n'est que dans une étude ultérieure, coécrite par MM. Zenner et Alter, que cet arrêt est évoqué (sur ce point, voy. *infra*, n° 84).

patrimoine, où placer dans cette conception la saisie simplement conservatoire ? Les effets attachés à la saisie-arrêt exécution ne pourraient-ils lui être reconnus ?

Sous-section I

La saisie consacre une emprise individuelle dès sa formalisation

62. Emprise, réalisation et répartition. Une lecture du plan de la thèse de Mme Grégoire ne laisse aucun doute sur l'intégration des saisies dans les hypothèses de concours. L'auteur consacre en effet au Code judiciaire un des chapitres de son titre II intitulé « Les notions de concours, d'égalité et de privilège dans la législation belge ». L'auteur analyse essentiellement la transcription d'un commandement ou d'une saisie-exécution immobilière, mais la solution est étendue à l'exploit de saisie-arrêt⁽³⁹⁸⁾.

Il reste que dans la définition qu'elle donne du concours, Mme Grégoire n'envisage de réalisation qu'en cas de rencontre d'au moins deux droits de créance⁽³⁹⁹⁾. Or, il est possible qu'aucun autre créancier ne se joigne à cette mesure individuelle, qui dès lors conservera ce caractère. M. T'Kint n'a pas manqué de le relever et s'inscrit clairement en défaveur de l'existence d'un concours ; commentant la conception de Mme Grégoire, cet auteur écrit : « Cette thèse est assurément judicieuse en cas de procédure collective de liquidation, dont l'ouverture, tout à la fois, transforme les droits personnels de chacun des créanciers en « droits réalisés » et les oppose aussitôt entre eux. Elle est moins défendable dans l'hypothèse d'une saisie-exécution : seule la créance du saisissant devient, alors, *ius in re* et le concours ne naîtra éventuellement qu'après qu'un autre créancier se sera joint à la saisie »⁽⁴⁰⁰⁾.

À nos yeux, il faut veiller à mieux distinguer deux aspects du droit de l'exécution. L'emprise sur tout ou partie du patrimoine est une chose, la répartition de son produit de réalisation en est une autre. L'emprise, cette destination particulière donnée aux biens concernés, peut indistinctement résulter d'une poursuite individuelle ou d'un jugement pro-

(398) M. GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, op. cit., p. 25, n° 35.

(399) Pour parer à tout reproche d'ambiguïté, signalons que dans l'intitulé du présent paragraphe, nous entendons le concept de « réalisation » dans une autre acception que celle de Mme Grégoire ; par ce terme, nous entendons la vente du bien saisi, la transformation de ce dernier en espèces lorsque la poursuite n'a pas pour objet une créance de somme d'argent ; dans notre conception, la « réalisation » au sens utilisé par Mme Grégoire est très proche de ce que nous dénommons « emprise ».

(400) Fr. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, op. cit., p. 52, n° 87.

nonçant la faillite. L'existence d'un autre créancier que celui qui est à l'origine de la saisie n'importe pas⁽⁴⁰¹⁾. Ce n'est qu'au stade de la répartition des deniers que la prise en considération d'autres prétentions se justifie naturellement. Cette distinction nous paraît de nature à résoudre par la négative la lancinante question si l'existence d'un passif supérieur à l'actif est une condition du concours⁽⁴⁰²⁾. L'avènement de l'emprise dans l'hypothèse qui nous retient résulte de la formalisation d'une saisie, qui n'est permise par le Code judiciaire qu'à de strictes conditions de forme et de fond⁽⁴⁰³⁾.

Cela étant, il va de soi que des difficultés ne se poseront avec acuité que si d'autres créanciers émettent des prétentions contradictoires à celle du saisissant initial. En matière de saisie-arrêt formée entre les mains d'une banque, cette occurrence est d'autant plus vraisemblable que le tiers saisi sera plus fréquemment créancier du débiteur saisi.

Plus généralement, on aurait tort d'exacerber l'opposition entre la saisie et les procédures collectives⁽⁴⁰⁴⁾. Les liens sont permanents. Ainsi a-t-on étendu aux situations de concours en général le prescrit de l'article 1298 du Code civil, qui ne limite strictement la compensation légale qu'en cas de saisie-arrêt⁽⁴⁰⁵⁾. Il faut également constater que, dans sa recherche, Mme Grégoire s'est très principalement concentrée sur les hypothèses de liquidations collectives de patrimoine que sont la faillite,

(401) On peut d'ailleurs souligner qu'en cas d'acceptation sous bénéfice d'inventaire, le concours survient en raison d'une initiative émanant d'un héritier, qui n'est pas forcément créancier de la succession.

(402) Voy. en 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 », *R.C.J.B.*, 2001, pp. 171 et s., sp. p. 176, n° 7 et la note n° 21 ; E. DIRIX, « Commentaire Art. 8 L.H. », in *Privilèges et hypothèques*, Kluwer, 1998, p. 8, n° 8 ; J. LINSMEAU, « Le concours, les saisies multiples et leurs solutions », in *Les voies conservatoires et d'exécution — Bilan et perspectives*, Jeune Barreau de Bruxelles, 1982, pp. 285 et s. ; sp. p. 287 ; Mme Grégoire estimait également qu'il « faut opérer une distinction entre le concept de concours et celui d'égalité des créanciers », cette dernière supposant une pénurie de l'actif au regard du passif (M. GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, op. cit., p. 21, n° 30).

(403) Outre une créance d'apparence incontestable, le Code exige par principe une autorisation préalable d'un juge des saisies au stade conservatoire (article 1413 du Code judiciaire).

(404) J. van COMPERNOLLE, « Saisies et concordat civil : antinomie ou complémentarité ? », in *Le surendettement civil*, Formation permanente C.U.P., vol. I, 1995, pp. 407 et s., n° 1 ; E. DIRIX, « Commentaire Art. 8 L.H. », in *Privilèges et hypothèques*, Kluwer, 1998, p. 3, n° 2 ; comp. A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours », op. cit., p. 867, n° 5, selon lesquels « faillite et saisie, en cas de concours, produisent des effets comparables ».

(405) I. MOREAU-MARGRÈVE, « Évolution du droit et de la pratique en matière de sûretés », in *Les créanciers et le droit de la faillite*, C.D.V.A., Bruylant, 1983, pp. 77 et s., sp. p. 220 ; M. GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, op. cit., p. 187, n° 280 ; Fr. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, op. cit., p. 63, n° 104 et p. 92, n° 166 ; nous verrons que par la promulgation de la loi du 15 décembre 2004, le législateur a réduit substantiellement la portée de cet article 1298 du code civil (voy. *infra*, n°s 102 à 105).

les concordats tels qu'ils existaient avant l'entrée en vigueur de la loi du 17 juillet 1997 et les liquidations de personnes morales ⁽⁴⁰⁶⁾.

En résumé, l'emprise exerce ses effets sur le bien dès le moment de la formalisation de la mesure ⁽⁴⁰⁷⁾. Dans l'hypothèse d'une saisie-arrêt, il s'agit du moment où l'acte de saisie-arrêt est signifié par l'huissier de justice ou notifié par le greffe ou le fisc au tiers saisi.

Sous-section 2

La saisie-arrêt conservatoire emporte également réalisation de la créance qui la fonde

63. Commun dénominateur entre saisie conservatoire et voie d'exécution. Le phénomène de réalisation du droit de créance ne se conçoit, selon Mme Grégoire, qu'en cas de saisie-exécution. L'auteur écrit en ce sens que la saisie conservatoire « n'emporte pas la fusion du droit de créance et des prétentions du créancier sur le bien saisi » ⁽⁴⁰⁸⁾.

La saisie-arrêt conservatoire présente pourtant des effets comparables à ceux de la saisie-arrêt exécution, cette dernière obligeant de surcroît le tiers saisi au dessaisissement. En effet, s'il ne s'agit pas à proprement parler d'une expropriation, la raison d'être même de la saisie conservatoire est d'entraîner l'indisponibilité de l'objet saisi. Le débiteur saisi perd tout pouvoir de disposition sur la créance vis-à-vis du saisissant ⁽⁴⁰⁹⁾. Les arguments ne manquent pas pour rapprocher, du point de vue de l'indisponibilité, les effets des mesures conservatoires et ceux des procédures d'exécution.

(406) Ce n'est aucunement critiquer la thèse de Mme Grégoire que de constater que seules 49 pages sur 450 sont consacrées au Code judiciaire ; de même, M. Van Gysel, après avoir pourtant relevé qu'une saisie constituait un « accident juridique » exigeant une intervention du système juridique, n'inscrit pas les biens saisis dans son inventaire des masses à liquider en droit belge (A.-C. VAN GYSEL, *Les masses de liquidation en droit privé*, op. cit., p. 109).

(407) Un autre problème réside dans le point de savoir si cette emprise va profiter à d'autres créanciers que celui qui a procédé à la saisie ; dans sa thèse, Mme Grégoire a plaidé en faveur du caractère absolu de l'indisponibilité résultant d'une saisie-arrêt exécution (M. GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, op. cit., pp. 395 à 398, n° 547 et 548) ; cette position minoritaire en doctrine (voy., en sens contraire, G. de LEVAL, *Traité des saisies*, op. cit., pp. 396 et s., n°s 211 à 213 ; E. DIRIX et K. BROECKX, p. 263, n° 413 et p. 432, n°s 747 et 748) n'a pas reçu, à notre connaissance, de consécration en jurisprudence ; M. de Leval note cependant et à juste titre qu'un second créancier peut profiter de l'indisponibilité à condition de s'associer, par voie d'opposition, à la première poursuite avant l'acte portant atteinte à l'assiette saisie (G. de LEVAL, *Traité des saisies*, op. cit., p. 398, n° 213).

(408) M. GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, op. cit., p. 388, n° 540 ; voy. ég. *ibid.*, p. 410, n° 560.

(409) G. de LEVAL, *La saisie-arrêt*, op. cit., pp. 196 et 197, n° 127.

64. Argumentation. Tout d'abord, l'opinion de Mme Grégoire est surprenante au regard d'autres de ses développements. N'écrit-elle pas ailleurs, à propos des droits du saisissant à titre conservatoire, qu'ils « sont protégés par l'application de la règle générale *prior tempore, potior jure*, en cas de conflit avec le titulaire d'un droit réel »⁽⁴¹⁰⁾. N'est-ce pas là un trait caractéristique d'un droit réalisé ? Certes, Mme Grégoire a essentiellement dirigé son analyse sur la saisie immobilière⁽⁴¹¹⁾, mais l'extrait que nous venons de citer se retrouve dans sa thèse sous le titre « Effets des saisies conservatoires en général ».

Ensuite, nul ne peut nier l'existence de liens étroits entre saisies conservatoires et voies d'exécution⁽⁴¹²⁾. Ainsi, l'effet d'indisponibilité totale du montant appréhendé par saisie-arrêt-exécution a été calqué par le législateur sur celui de la saisie-arrêt conservatoire⁽⁴¹³⁾. De même, la publicité prévue par le Code judiciaire s'attache indistinctement à toute saisie, qu'elle soit conservatoire ou voie d'exécution. Par ailleurs, les procédures de répartition auxquelles aboutissent les voies d'exécution intègrent de façon incontestable les créanciers s'étant borné à opérer une saisie conservatoire. Telles sont les solutions qui se déduisent des articles 1628, alinéa 2, et 1644, alinéa 2, du Code judiciaire⁽⁴¹⁴⁾.

Enfin et surtout, on peut dépasser la controverse tenant à la question de savoir si les procédures de redressement, telles que l'ancien concordat moratoire prévu dans l'arrêté du Régent du 25 septembre 1946 ou l'actuel concordat régi par la loi du 17 juillet 1997, constituent des

(410) M. GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, op. cit., p. 381, n° 534.

(411) Mme Grégoire a essentiellement réservé ses développements à la saisie immobilière conservatoire ; ainsi, elle écrit à propos de la saisie conservatoire en général que le débiteur continue à percevoir les fruits de sa propriété (M. GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, p. 381, n° 534), alors que la saisie-arrêt paralyse également les intérêts produits par la créance qui en est l'objet.

(412) Voy. à ce propos C. BRENNER, *L'acte conservatoire*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 323, 1999, p. 33, n° 38, qui, commentant une opinion doctrinale, écrit : « Les mérites de cette analyse sont incontestables. Il faut lui savoir gré d'avoir révélé toute la richesse du concept d'exécution en soulignant son caractère composite et successif. On l'approuvera pleinement en ce qu'elle reconnaît que, dans le processus d'exécution de l'obligation ou du jugement, s'inscrivent des actes conservatoires, et qu'à cet égard, toute opposition entre exécution et conservation est illusoire » ; *adde ibid.*, p. 35, n° 40 : « L'exécution n'est pas instantanée, elle constitue un processus successif comportant divers actes (de poursuite, de commencement d'exécution, etc.) qui tendent tous à l'exécution de l'obligation — comprise comme sa réalisation — mais développent aussi des effets conservatoires (interruption de prescription...) » ; voy. ég. *infra*, n°s 224 à 227.

(413) G. de LEVAL, *La saisie-arrêt*, op. cit., pp. 291 et 292, n° 186.

(414) La prise en considération des saisies à titre conservatoire est d'autant plus remarquable en matière d'ordre que suite à la réforme consacrée par la loi du 29 mai 2000, seuls les créanciers titulaires d'un titre exécutoire peuvent désormais faire opposition sur le prix de réalisation de l'immeuble en application de l'article 1642 du Code judiciaire ; sur cet aspect, voy. G. de LEVAL, « L'ordre », 2^e éd., *Rép. not.*, t. XIII, l. IV, t. V, Larcier, 2002, sp. p. 71, n° 24.

hypothèses de concours ⁽⁴¹⁵⁾, en constatant que quelle que soit la philosophie imprimée à une procédure collective, celle-ci aura inéluctablement des effets sur la disponibilité des actifs composant le patrimoine des personnes juridiques qui y sont soumises ⁽⁴¹⁶⁾. Preuve en est la procédure de règlement collectif de dettes, qui s'autoproclame hypothèse de concours ⁽⁴¹⁷⁾, alors que le but qu'elle poursuit n'est certainement pas la réalisation inéluctable du patrimoine de la personne surendettée. Les principes européens du droit de l'insolvabilité se développent en ce sens, qui relativisent de plus en plus l'importance qu'il convient de réserver à la finalité de l'institution : conservation, redressement ou réalisation ⁽⁴¹⁸⁾.

(415) Sur ce point, voy. F. GEORGES, « Le concordat est-il une hypothèse de concours ? Éléments théoriques et pratiques », in *Le point sur le droit des sûretés*, Formation permanente C.U.P., vol. 41, 2000, pp. 203 et s. et les références citées ; voy. depuis la parution de cette étude V. SAGAERT et A. DE WILDE, « Het lot van de preferente schuldeisers bij collectieve saneringsprocedures », *Rev. Huiss.*, 2001, pp. 4 et s. ; N. THIRION, « La théorie de l'égalité des créanciers en concours d'une personne morale en liquidation : nouveaux enseignements de la Cour de cassation », *op. cit.*, pp. 166 et s., sp. pp. 185 et s., n^{os} 14 à 18 et les références citées par J. WINDEY, « Bilan de trois années d'application de la loi du 17 juillet 1997 relative au concordat judiciaire », *R.D.C.*, 2002, pp. 5 et s., note 5 ; X. DIEUX et J. WINDEY, « Nouvelles observations sur la théorie générale du concours entre les créanciers à la lumière de la loi du 17 juillet 1997 sur le concordat judiciaire et de ses premières applications », in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruylant, 2000, pp. 379 et s. ; Ph. COLLE et B. VAN DEN BRANDT, « Het gerechtelijk akkoord : een samenloop ? », in *Mélanges Philippe Gérard*, Bruylant, 2002, pp. 183 à 196.

(416) On constate d'ailleurs que les procédures de redressement ont nécessairement, à certains égards, des effets plus contraignants que ceux qui s'attachent aux procédures de liquidation, telle la faillite ; ainsi en est-il de la suspension de l'action en revendication dont jouissent les sociétés de leasing ou les vendeurs qui se sont réservés la propriété du bien qu'ils ont fourni (article 21, §1^{er}, alinéa 2, de la loi du 17 juillet 1997 relative au concordat judiciaire) ; pour un aperçu succinct des effets du concordat sur les créanciers, voy. Th. BOSLY, « La situation des créanciers dans le concordat judiciaire », in *Le nouveau droit du concordat judiciaire et de la faillite : les lois des 17 juillet et 8 août 1997*, Academia-Bruylant, 1997, pp. 97 et s. ; *adde*, du même auteur, « Quatre années d'application du concordat judiciaire », in *Faillite et concordat judiciaire : un droit aux contours incertains et aux interférences multiples*, Academia-Bruylant, 2002, pp. 475 et s.

(417) Voy. l'article 1675/7, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire ; sur les difficultés d'adaptation de la théorie générale du concours au règlement collectif de dettes, voy. D. PATART, « Portée et effet du concours en cas de règlement collectif de dettes : l'égalité des créanciers et le sort des privilèges généraux sur meubles », *R.G.E.N.*, 2000, n^o 25067, pp. 367 et s., M.-D. WEINBERGER, « Observations sur le concours dans le système de la loi du 5 juillet 1998 », note sous Cass. (1^{re} ch.), 19 oct. 2001, *R.G.D.C.*, 2004, pp. 95 et s., sp. p. 98 et les développements de Chr. BIQUET-MATHIEU, « Les sûretés », in *Chron. dr. not.*, vol. XXXVI, Larcier, 2002, pp. 5 et s., sp. pp. 43 à 52, n^o 4.

(418) En ce sens, quelles que soient les divergences dans les dispositions techniques qu'elles érigent, les procédures de redressement et de liquidation traitent toujours l'endettement ; voy. ainsi l'introduction générale à la présentation des *Principles of European Insolvency Law* : « In many countries a clear distinction is made from the outset between proceedings aimed at liquidation of the debtor's assets and proceedings aimed at reorganisation of the debtor's liabilities [...] The Principles are meant to show the common characteristics of European insolvency laws. For this reason they refer to « the insolvency proceeding » without any further subdivision. It is hoped that this unitary approach allows to reflect and integrate all the proceedings in Europe that carry the essential attributes of legal insolvency treatment » (*Principles of European Insolvency Law, Law of Business and Finance*, vol. 4, Kluwer Legal Publisher, 2003, p. 4) ; voy. ég. E. DIRIX, « De bewindvoerder in het insolventierecht », in *Liber amicorum W. van Gerven*, Kluwer, 2000, pp. 521 et s.



65. Conclusion. En conséquence, nous estimons que parmi les différentes institutions qui concrétisent le droit de poursuite des créanciers sur le patrimoine de leur débiteur, la doctrine a, selon nous, insuffisamment insisté sur le fait qu'il était concevable de conférer aux saisies conservatoires une partie substantielle des effets habituellement réservés aux mesures destinées ab initio à la réalisation du patrimoine du débiteur. Ce qui nous paraît constituer le commun dénominateur de ces différentes techniques réside dans le fait que tout ou partie du patrimoine est diverti d'une libre gestion par son titulaire dans la perspective de l'intérêt des créanciers.

Sans nier les différences entre conditions et effets de la saisie conservatoire et ceux de la saisie-exécution, la « réalisation des droits » mise en exergue par Mme Grégoire nous paraît susceptible de survenir dès la formalisation d'une mesure conservatoire ⁽⁴¹⁹⁾. Exprimé par la comparaison éloquent de M. Van Gysel, « le passif a cessé de flotter et s'est précipité » sur cet élément d'actif qu'est la créance ⁽⁴²⁰⁾. Sauf particularité déduite d'un texte exprès, nous ne pouvons admettre que des solutions sensiblement différentes s'appliquent selon qu'il s'agit de saisie ou de faillite ⁽⁴²¹⁾.

SECTION 2

L'effet d'emprise de la saisie-arrêt : conséquences pratiques

66. Schéma. Quels sont les effets de l'emprise sur la créance par la saisie-arrêt ? La présentation la plus simple nous paraît se déduire de l'article 8 de la loi hypothécaire : les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers (sous-section 1), et le prix s'en distribue entre eux

(419) Mme Grégoire se prononce d'ailleurs en ce sens dans ses développements critiquant le caractère relatif généralement reconnu à la mesure de saisie : « La saisie n'entraîne, certes, pas le dessaisissement général du saisi. Seuls les biens frappés par la poursuite se trouvent gelés dans le patrimoine de ce dernier, et, s'il s'agit d'une voie d'exécution, sont appelés à une transformation prochaine en deniers. Cette liquidation partielle entraîne, à notre sens, un dessaisissement partiel corrélatif, analysé comme une déviation de l'utilité économique des biens saisis, qui, détachés de leur finalité naturelle, cessent de servir les intérêts de leur propriétaire tels qu'ils ont été déterminés par la volonté de ce dernier, pour n'être plus considérés, en raison de la volonté des créanciers saisissants, telle que la loi la consacre, que comme des deniers en puissance » ; l'auteur restreint cependant plus loin son enseignement à la saisie-arrêt-exécution (M. GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, op. cit., p. 391, n° 545 et pp. 395 à 397, n° 547).

(420) A.-Ch. VAN GYSEL, *Les masses de liquidation en droit privé*, op. cit., p. 109.

(421) Ainsi, nous ne partageons pas l'analyse différenciée faite par Mme Grégoire de l'efficacité vis-à-vis des tiers des clauses de fusion de compte selon qu'il s'agit d'une faillite ou d'une saisie-arrêt (M. GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, op. cit., p. 406, n° 554).

par contribution (sous-section 2), à moins qu'il n'y ait entre les créanciers une cause légitime de préférence (sous-section 3) ⁽⁴²²⁾.

Sous-section I

Les créances du débiteur constituent le gage commun de ses créanciers

67. Concrétisation de la poursuite. La saisie-arrêt, conservatoire ou voie d'exécution, a la vertu, à l'instar de l'action paulienne, de l'action en déclaration de simulation et des procédures collectives, de rendre inopposables certaines obligations ou conventions liant le débiteur saisi ⁽⁴²³⁾. Le nier par principe participe d'une vision réductrice du droit du recouvrement ⁽⁴²⁴⁾. Il s'agit d'éviter que naissent ou prospèrent des atteintes à la substance de la créance saisie, préjudiciables au créancier saisissant.

Au stade conservatoire, on enseigne de façon constante que la saisie ne prive pas le débiteur de la jouissance de son bien. En matière de saisie-arrêt, la nature particulière du bien saisi se répercute à nouveau sur les effets de la mesure qui l'appréhende. Ainsi, si l'on admet habituellement qu'une saisie immobilière conservatoire ne prive pas le saisi du droit de mettre son bien en location ⁽⁴²⁵⁾, on conçoit peu d'actes juridiques posés sur la créance-objet de la saisie qui n'aient aucune répercussion sur la valeur de celle-ci. L'indisponibilité sera donc naturellement plus intense que celle que l'on attribue à une saisie de meuble corporel ou d'immeuble ⁽⁴²⁶⁾. Elle grève par ailleurs la créance dans sa

(422) Le caractère traditionnel de ce schéma nous paraît justifier une dérogation à la présentation en deux parties que nous nous efforçons de respecter dans une perspective pédagogique (voy. *supra*, n° 10).

(423) L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, *op. cit.*, p. 379, n° 304 : « Van het voorgaande [n.d.a. : le fait que l'opposabilité de certaines obligations ou conventions soit tributaire de certaines conditions particulières de forme], is de toestand te onderscheiden waarbij een verbintenis, die, in beginsel, zonder bijkomende tegenwerpbaarheidsvoorwaarden aan derder is tegen te werpen, niettemin — krachtens een rechtsregel waarvan de toepassingsvoorwaarden verenigd zij —, aan derden ontegenwerpbaar wordt, voornamelijk omwille van de bijzondere feitelijke omstandigheden waarin de verbintenis zou moeten worden nagekomen ».

(424) Tel nous paraît être le principal reproche que l'on puisse adresser à une étude récente de MM. Zenner et Peeters, qui estiment que la majorité des considérations contraires à leurs propres développements « découlent d'a priori ou d'assimilations hâtives » (A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours », *op. cit.*, sp. p. 866, n° 3) ; pour une critique de l'argumentation, voy. *infra*, n° 79 et s.

(425) R.P.D.B., v° Saisie immobilière, 1995, pp. 677 et s., sp. p. 707, n° 100 ; G. de LEVAL, *Droit du recouvrement — La saisie immobilière*, Larcier, 2002, pp. 177 et 178, n° 194.

(426) G. de LEVAL, *Traité des saisies*, *op. cit.*, p. 367, n° 196 ; en d'autres termes, « si ce n'est Harpagon, personne hélas n'a jamais trouvé de jouissance à son argent autrement qu'en le dépensant » (R. PERROT, « Rapport de synthèse », in *Mesures conservatoires et recouvrements transfrontaliers*, Colloque tenu à Lyon les 9 et 10 juin 2005, encore inédit, n° 3).

totalité et l'affirmation selon laquelle l'objet de la saisie pourrait être limité à une partie de cette créance nous paraît susciter des réserves⁽⁴²⁷⁾.

Dans les développements qui suivent, on distinguera les atteintes aux droits du créancier selon qu'elles trouvent leur origine dans le comportement du saisi (§ 1^{er}) ou dans celui du tiers saisi (§ 2).

§ 1. Les atteintes portées par le saisi aux droits du saisissant

68. Atteintes futures... Il ne fait aucun doute qu'il est désormais interdit au saisi de céder sa créance, de la remettre en tout ou en partie, de la nover ou de la mettre en gage⁽⁴²⁸⁾. Plus exactement, ces actes sont valables mais inopposables au créancier saisissant⁽⁴²⁹⁾. Remarquons que la question de l'opposabilité de la cession de créance reste controversée, que le droit commun du Code civil soit seul applicable⁽⁴³⁰⁾ ou qu'il faille de surcroît tenir compte de régimes particuliers⁽⁴³¹⁾.

(427) E. DIRIX et K. BROECKX, *Beslag*, *op. cit.*, p. 431, n° 746 ; selon les savants auteurs, le principe de l'indisponibilité totale n'est pas d'ordre public, en sorte que le créancier peut y renoncer ; par contre, ni le débiteur ni le juge des saisies ne peuvent limiter l'objet de la saisie à une partie de la créance ; comp. G. de LEVAL, *Traité des saisies*, *op. cit.*, pp. 372 et 373, n° 199.

(428) E. DIRIX et K. BROECKX, *Beslag*, *op. cit.*, p. 429, n° 741 ; F. BOUCKAERT, « La cession et le nantissement de créance en concours avec la saisie de la créance cédée et la faillite du cédant : ce que doit savoir le notaire », *Rev. not.*, 1998, pp. 286 et s., sp. p. 299, n° 19.

(429) E. DIRIX et K. BROECKX, *Beslag*, *op. cit.*, p. 263, n° 413 ; on a vu que l'inopposabilité consécutive à une saisie-arrêt conservatoire est relative en ce qu'elle ne profite qu'au créancier saisissant et à celui qui s'y est associé avant l'acte critiqué (G. de LEVAL, *Traité des saisies*, *op. cit.*, pp. 396 à 399, n°s 211 à 213 ; E. DIRIX et K. BROECKX, *Beslag*, *op. cit.*, p. 432, n° 747 et 748 ; voy. déjà L. FRAISSAINGEA, « Une nouvelle jurisprudence sur le conflit du cessionnaire de créance et des créanciers saisissants », *Rev. trim. dr. civ.*, 1906, pp. 487 et s.) ; au stade de l'exécution cependant, cette relativité paraît, à juste titre semble-t-il, plus critiquable (M. GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, *op. cit.*, p. 396, n° 547).

(430) Est ainsi particulièrement controversée la question de savoir si le prescrit de l'article 1690, alinéa 3, du Code civil, doit être étendu à d'autres cas de conflits que celui opposant deux cessionnaires successifs de la même créance, par exemple à celui mettant face à face un cessionnaire et un saisissant ; sur cette question, voy. E. DIRIX, « De vormvrije cessie », in *Overdracht en inpandgeving van schuldverdringen*, Kluwer, Voorrechten in hypotheek — Grondige studies, 1995, pp. 1 et s., sp. pp. 22 à 26, n°s 21 à 26 ; F. BOUCKAERT, « La cession et le nantissement de créance en concours avec la saisie de la créance cédée et la faillite du cédant : ce que doit savoir le notaire », *Rev. not.*, 1998, pp. 286 et s., sp. p. 290, n° 6 ; P. VAN OMMESLAGHE, « À propos de la cession de créance : le concours entre le créancier cessionnaire de la créance (en propriété ou à titre pignoratif) et le tiers solvens subrogé dans les droits du créancier cédant », in *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, Larcier, 2003, pp. 297 et s., sp. p. 305 : selon ce dernier auteur, « l'application de l'article 1690, alinéa 3, du Code civil doit se limiter à l'hypothèse de la pluralité de cessions de la même créance... Tout autre conflit entre le cessionnaire et un tiers doit, sous réserve de l'article 1690, alinéa 4, du Code civil, être résolu en fonction du principe prior tempore, potior jure et donc par la seule prise en compte de la date des opérations en cause » ; ce point de vue est également celui de R. FELTKAMP, « De overdracht van schuldverdring in het Belgische recht », *D.A.O.R.*, 2003, n° 68, pp. 30 et s., sp. pp. 46 à 49, n°s 37 à 39 ; reste également incertaine la portée de l'article 1690, alinéa 4, du Code civil ; sur ce point, voy. R. FELTKAMP, « De overdracht van schuldverdring in het Belgische recht », *op. cit.*, pp. 49 et 50, n° 41.

(431) Les prétentions concurrentes, et de natures diverses, de créanciers sur les rémunérations donnent lieu à un contentieux délicat ; saisie-arrêt et cession se chevauchent souvent ; de surcroît, les règles d'opposabilité de la cession de rémunération diffèrent selon qu'elle a ou non été consentie par acte notarié, sans préjudice du dépôt d'un avis de cession exigé par le Code judiciaire en son article 1390^{ter} ; sur ce point, voy. nos développements dans le présent numéro ainsi que les références citées.

Même s'il n'est pas le fait du débiteur saisi mais d'un de ses créanciers, il nous paraît nécessaire de dire ici un mot de l'exercice d'une action directe. À nos yeux⁽⁴³²⁾, une telle mise en œuvre est également paralysée par l'existence d'une saisie-arrêt antérieure. Dans trois arrêts récents, la Cour de cassation en a effet décidé que la faillite et la liquidation interdisaient l'introduction ultérieure d'une telle action⁽⁴³³⁾. Relevons incidemment l'importance réservée par la haute juridiction aux effets du concours, puisqu'il avait pu être prétendu, en doctrine, que le fait que l'action directe opère *omisso medio* permettait à son titulaire d'échapper à ce concours⁽⁴³⁴⁾. Au regard d'un tel respect scrupuleux de l'égalité des créanciers, exprimé au travers d'une interprétation restrictive de la portée d'une prérogative légale, il serait extrêmement étonnant, quoi qu'en pensent certains auteurs⁽⁴³⁵⁾, que la Cour de cassation accepte facilement les extensions conventionnelles de mécanismes de garantie qui ne trouvent, quant à eux, aucune reconnaissance légale particulière.

(432) *Contra*, mais à tort selon nous, P. HENRY, « Une controverse tranchée : toute situation de concours fait obstacle à l'introduction de l'action directe du sous-traitant », note sous Cass. (1^{re} ch.), 23 sept. 2004, *J.L.M.B.*, 2004, pp. 1437 et s., sp. p. 1441, note n° 7, qui estime que dans le cas d'une saisie-arrêt, « le concours n'est pas la résultante d'une mesure juridique qui dessaisit le débiteur de ses biens » ; plus justement, d'autres auteurs : « Il est [...] permis d'inférer avec certitude des motifs retenus par la cour pour rejeter l'action directe après faillite que celle-ci aurait conclu à l'impossibilité d'intenter pareille action postérieurement à l'emprise exercée sur la créance objet de l'action par le biais d'une saisie-arrêt, conservatoire ou exécution » (J. WINDEY et Th. HÜRNER, « L'action directe en cas de faillite », note sous Cass. (1^{re} ch.), 27 mai 2004, *R.D.C.*, 2004, pp. 899 et s., sp. p. 908, n° 14) ; en ce dernier sens ég., M. GRÉGOIRE, « Privilèges mobiliers », *R.P.D.B.*, Compl. IX, Bruylant, 2004, pp. 373 et s., sp. p. 400, n° 207.

(433) « Dès la mise en liquidation d'une société, les droits réciproques des créanciers dont la créance est née avant la mise en liquidation sont déterminés d'une manière irrévocable. Ce principe fait obstacle, dès ce moment, à l'intentement par un sous-traitant de l'action directe visée à l'art. 1798 C.C. » (Cass. (1^{re} ch.), 23 sept. 2004, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1436) ; « À compter du jour de la faillite, le failli est dessaisi de plein droit de l'administration de tous ses biens et tous paiements, opérations et actes faits par le failli depuis ce jour sont inopposables à la masse. La faillite a pour effet de rendre indisponible la créance de l'entrepreneur failli sur le maître de l'ouvrage, de sorte qu'à partir du jugement déclaratif, l'action directe visée à l'art. 1798 C.C. ne peut plus être intentée » (Cass. (1^{re} ch.), 23 sept. 2004, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1437, avec note P. HENRY ; une solution identique avait déjà été consacrée par un précédent arrêt du 27 mai 2004 de la section néerlandophone de la première chambre de la Cour de cassation (Cass. (1^{re} ch.), 27 mai 2004, *R.W.*, 2003-2004, p. 1723, *R.D.C.*, 2004, pp. 899 et s., avec note précitée de J. WINDEY et Th. HÜRNER.

(434) Voy. sp. Chr. BIQUET-MATHIEU, « Les sûretés », in *Chron. dr. not.*, vol. XXXI, Larcier, 2000, pp. 385 et 386 ; F. GEORGES, « Le privilège et l'action directe du sous-traitant », in *Droit de la faillite et du concordat*, Formation permanente C.U.P., vol. IX, 1996, pp. 269 et s., sp. pp. 279 à 283 ; s'opposaient, entre autres, à cette conception et voient en conséquence leur position confirmée par la Cour de cassation : E. DIRIX, « De rechtstreekse vordering van de onderaannemer na verpanding », note sous Civ. Turnhout, 21 mai 1997, *R.W.*, 1997-1998, pp. 411 et s. ; W. DERIJCKE, note sous Comm. Bruxelles, 27 juill. 1998, *R.D.C.*, 1999, p. 209 ; du même auteur, « De rechtstreekse rechtsoverdracht van de onderaannemer kan niet meer worden ingesteld na faillissement van de hoofdaannemer of na beslag op diens vordering ten opzichte van de bouwheer », note sous Anvers (5^e ch.), 13 déc. 2001 et Anvers (5^e ch.), 13 déc. 2001, *R.D.C.*, 2002, pp. 466 et s. ; Ph. GÉRARD et J. WINDEY, « Action directe des sous-traitants, faillite et concordat judiciaire : à contre-courant », in *Liber Amicorum Lucien Simont*, Bruylant, 2002, pp. 385 et s.

(435) Voy. le plaidoyer en ce sens d'A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours », *J.T.*, 2004, pp. 865 et s. et 881 et s.

A contrario, le saisissant subira de tels actes pourvu qu'ils aient été posés avant la saisie⁽⁴³⁶⁾, sans préjudice de considérations d'ordre probatoire. Se pose en particulier la question de la preuve de la date de la convention portant atteinte aux droits du créancier. En principe, l'exigence de date certaine de l'article 1328 du Code civil est de rigueur⁽⁴³⁷⁾. Néanmoins, selon l'enseignement de la Cour de cassation, le tiers saisi peut établir qu'il s'est libéré de sa dette sans être obligé de produire un acte ayant date certaine au sens de l'article 1328 du Code civil⁽⁴³⁸⁾. Consciente des difficultés pratiques que pose l'exigence d'une date certaine, une partie de la doctrine préconise qu'elle soit purement et simplement écartée⁽⁴³⁹⁾.

La pratique connaît fréquemment de conflits entre saisie-arrêt et cession de rémunération. On sait que cette forme de garantie voit son régime d'opposabilité différer selon qu'elle est ou non reçue par un acte notarié. Si tel est le cas, la cession de rémunération est soumise au prescrit du droit commun de la cession de créance consacré par le Code civil, auquel s'ajoutent les exigences déduites de l'obligation de dépôt de l'avis de cession prévu par l'article 1390^{ter} du Code judiciaire. Si, au contraire, l'acte constitutif est sous seing privé, il convient de tenir compte et de l'article 1390^{ter} du Code judiciaire et des articles 27 et suivants de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs. La distinction entre ces deux régimes et le cumul des formalismes d'opposabilité rend la matière particulièrement complexe. De plus, la loi du 29 mai 2000 portant création d'un fichier central des avis de saisie, de délégation, de cession et de règlement collectif de dettes et

(436) Cass. (1^{re} ch.), 22 juin 1995, *Act. dr.*, 1996, p. 237 : « La circonstance qu'une saisie-arrêt a été pratiquée sur une créance cédée ne fait pas obstacle à l'application des règles relatives à l'opposabilité aux tiers (en l'espèce des créanciers du cédant) des cessions de créance ».

(437) E. DIRIX et K. BROECKX, *Beslag*, *op. cit.*, p. 433, n° 749 ; D. MOUGENOT, « La preuve », 3^e éd., *Rép. not.*, t. IV, l. II, Larcier, 2002, p. 235, n° 168 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Larcier, 1991, pp. 283 et 284, n° 604 ; A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours », *op. cit.*, p. 868, n° 9, qui s'expriment en matière de faillite ; le sentiment contraire semble dominer en France (Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les obligations*, *op. cit.*, p. 383, n° 655, pour qui les créanciers chirographaires ne sont de toute façon pas des tiers au sens de l'article 1328 du Code civil ; voy. ég. Ph. DELMAS SAINT-HILAIRE, *Le tiers à l'acte juridique*, *op. cit.*, p. 439) ; en cas de gage commercial, ne sont applicables ni l'article 2074 du Code civil, qui exige l'enregistrement de l'acte constitutif de gage (Fr. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, *op. cit.*, p. 148, n° 276), ni l'article 1328 du Code civil (E. DIRIX, « Gage de créances », in *Privilèges et hypothèques*, Kluwer, 2002, p. 9, n° 7), ce qui conduit ce dernier auteur à regretter que le législateur n'ait pas suffisamment tenu compte de la possibilité de fraude par rapport à la date de l'acte de gage ; sur l'écartement du formalisme du gage par la loi du 15 décembre 2004 lorsqu'il porte sur des instruments financiers ou de la monnaie scripturale, voy. *infra*, n° 382.

(438) Cass. (1^{re} ch.), 3 mars 1995, *Bull. et Pas.*, 1995, p. 275, *R. W.*, 1996-97, p. 412 (somm.).

(439) « S'il est évident que dans ses rapports avec le débiteur, le créancier saisissant est bien un tiers agissant en vertu d'un droit propre, dans ses rapports avec le tiers saisi en dehors des prérogatives propres que lui confère la procédure de saisie, le saisissant ne fait que se substituer au débiteur lui-même, et la situation du tiers saisi ne peut être aggravée du fait que c'est le créancier de son créancier, et non ce dernier qui lui réclame paiement de sa dette » (G. de LEVAL, *La saisie-arrêt*, *op. cit.*, p. 222, n° 146).

modifiant certaines dispositions du Code judiciaire, publiée mais non encore entrée en vigueur en toutes ses dispositions, modifie substantiellement le matière. En conséquence, nous renvoyons le lecteur en quête de plus importants développements à ce sujet aux nombreuses contributions qui lui ont été consacrées ⁽⁴⁴⁰⁾.

69. ...et passées. Quant à cet effet d'indisponibilité traditionnellement mis en exergue par la doctrine ⁽⁴⁴¹⁾, il convient de s'interroger également sur l'efficacité vis-à-vis du saisissant d'actes antérieurs à la saisie soustrayant peu ou prou les créances à l'emprise des créanciers. Un sort rapide pourra être fait à la clause d'inaliénabilité ⁽⁴⁴²⁾, de même qu'à celle d'insaisissabilité ⁽⁴⁴³⁾ ; l'application du principe de relativité suffit

(440) Voy. particulièrement, outre les ouvrages généraux, F. TOP, « Concurrence de la saisie, de la cession et de la délégation de rémunération », *Rev. Huiss.*, 1990, pp. 20 à 28 ; M. FORGES, *La cession de rémunération et la délégation de sommes*, Kluwer, 1998, sp. pp. 105 et 118 ; G. de LEVAL, « Saisies des meubles incorporels », in *Droit de l'exécution — Formation permanente des huissiers de justice*, Story-Scientia, 1997, pp. 85 et s., sp. pp. 195 à 215 ; du même auteur, « Saisie des meubles incorporels (II) », in *Formation permanente des huissiers de justice*, Story-Scientia, 1999, pp. 203 et s., sp. pp. 244 à 250 ; V. van den HASELKAMP, « L'ordre des cessions », note sous Civ. Bruxelles (sais.), 17 nov. 1997, *J.L.M.B.*, 1998, pp. 717 et s. ; M. FORGES, « Cession de rémunération et saisie-arrêt exécution », note sous Civ. Charleroi (sais.), 23 mars 1998, *Annuaire juridique du crédit*, 1998, pp. 279 et s. ; D. PIRE, « Nouveautés en matière de cession de rémunération », in *Le point sur le droit des sûretés*, Formation permanente C.U.P., vol. 41, 2000, pp. 73 et s., sp. p. 97 à 103 ; V. van den HASELKAMP-HANSENNE, « La loi du 29 mai 2000 portant création d'un fichier central des avis de saisie, de délégation, de cession et de règlement collectif de dettes et modifiant certaines dispositions du Code judiciaire », *J.T.*, 2001, pp. 257 et s.

(441) E. DIRIX et K. BROECKX, *Beslag*, op. cit., pp. 263 à 266 et pp. 428 à 436, nos 412 à 419 et 736 à 756 ; J.-L. LEDOUX, *Les saisies — Chronique de jurisprudence 1989-1996*, op. cit., pp. 89 et 90, nos 98 et 99.

(442) En matière immobilière, voy. Civ. Furnes (sais.), 18 juin 1980, *R.G.E.N.*, 1981, p. 201, n° 22615 : « N'est pas opposable au créancier saisissant un immeuble la clause insérée dans l'acte de donation de cet immeuble selon laquelle il est interdit au donataire, comme charge de la donation, de l'aliéner ou de l'hypothéquer pendant la vie du donateur » ; une autre illustration peut être tirée de la doctrine préconisant la reconnaissance de la cession fiduciaire ; pour éviter la violation de la règle du *numerus clausus* des droits réels, ainsi que nous le verrons (*infra*, n° 113), les auteurs enseignent que l'engagement pris par le créancier, auquel le bien est cédé en propriété à titre de garantie, de ne pas l'aliéner à son tour, est purement personnel : « Cet engagement ne vaut qu'à l'égard de son seul bénéficiaire [...] Le créancier peut disposer valablement du bien même si cela est en contravention avec le contrat le liant au débiteur. La maxime *nemo plus juris...* ne saurait en aucune façon s'appliquer » (P. CROCQ, *Propriété et garantie*, op. cit., pp. 81 et 82, n° 100) ; plus loin, l'auteur constate que « l'affirmation de l'insaisissabilité du bien suppose...la reconnaissance du caractère réel de l'indisponibilité » déduite de la clause d'inaliénabilité (*ibid.*, p. 172, n° 213).

(443) D'origine coutumière, l'insaisissabilité stipulée dans les actes à titre gratuit était admise par l'article 581, 3°, du Code de procédure civile, afin de sauvegarder la destination voulue d'une obligation qui n'était pas légalement alimentaire ; l'intervention législative qui consacra cette coutume fut ainsi justifiée : « En pratique, les créanciers antérieurs n'ont pas à se plaindre parce qu'ils n'ont pas pu compter sur la libéralité et, quant aux créanciers postérieurs, ils ne peuvent agir sur le patrimoine de leur débiteur qu'en tenant compte des conditions qui l'affectent au moment où ils deviennent créanciers » (Ch. van REEPINGHEN, *Rapport fait au Sénat sur le projet de Code judiciaire*, Bruylant, 1967, p. 505) ; tributaire d'un régime rigoureux, interprétée strictement par la Cour de cassation (Cass. (1^{re} ch.), 22 oct. 1891, *Pas.*, 1891, p. 261, qui refusa d'étendre le mécanisme aux immeubles), cette latitude ne survécut pas au Code de procédure civile : « En admettant la licéité d'une stipulation d'insaisissabilité, il ne faut pas perdre de vue que, si elle fait la loi des parties, elle n'est aux yeux des tiers qu'une res inter alios acta, une stipulation inopposable (article 1165 du Code civil) » (*ibid.*) ; sur l'article 1981 du Code civil, seule rémanence des insaisissabilités issues d'actes à titre gratuit, voy. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VI, op. cit., pp. 689 à 692, n° 753.

pour décider qu'elles ne concernent que les parties et ne peuvent s'imposer aux tiers ⁽⁴⁴⁴⁾.

Plus délicat paraît, selon certains auteurs, un cas de figure sensiblement différent. Il s'agit de la question de savoir si la convention intervenue entre un créancier et un débiteur, aux termes de laquelle la créance issue de cette convention ne pourrait donner lieu à aucune saisie, réduit également les droits des tiers, en particulier ceux d'un créancier du créancier contractant ; M. Dirix répond par l'affirmative, estimant que les créanciers doivent « prendre l'action dans l'état dans lequel elle se trouve » ⁽⁴⁴⁵⁾. Notre opinion est différente de celle du savant auteur. À supposer que l'absence de recours à la contrainte, convenu entre parties, ne prive pas l'obligation de tout caractère juridique pour la ravalier à un pur devoir moral, auquel cas il n'y aurait purement et simplement rien à saisir, nous estimons que les intérêts supérieurs d'un droit effectif au recouvrement justifient que pareilles conventions n'obligent que leurs auteurs directs et non le créancier de l'un d'eux. Concrètement, la créance de somme pourra donner lieu, si elle fait l'objet d'une saisie-arrêt, à une condamnation du tiers saisi à vider ses mains entre celles du créancier saisissant et à d'éventuelles poursuites si ce tiers saisi ne s'exécute pas, nonobstant l'accord survenu entre ce dernier et le débiteur saisi.

70. Par principe, l'affectation ne s'impose pas au créancier. Plus généralement encore, il faut fermement rappeler que la destination donnée, volontairement ou même légalement, à un bien, n'est pas suffisante en

(444) G. JAKHIAN, « Les clauses de non-recours ou dites « non-recourse » en droit bancaire et civil », *R.D.C.*, 1997, pp. 339 et s., sp. p. 347, n° 36 ; E. DIRIX, « Gage de créances », in *Privilèges et hypothèques*, Kluwer, 2002, p. 8, n° 6 ; E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, op. cit., p. 279, n° 459 ; *quid* de l'incessibilité convenue entre le cédant et le débiteur-cédé ? En droit français, la violation de cette convention par le créancier n'entraîne que la déduction de dommages et intérêts (E. CASHIN-RITAINE, *ibid.*, p. 287, n° 472) ; pour des considérations de droit comparé et la solution adoptée dans la Convention des Nations unies sur la cession de créances dans le commerce international, voy. G. AFFAKI, « L'apport de la Convention CNUDCI sur la cession de créances aux opérations de banque », *Banque et droit*, 2003, n° 90, pp. 3 et s., sp. pp. 10 et 11, nos 27 à 34 ; *adde* R. PERROT et Ph. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, op. cit., p. 153, n° 136 : « La disposition, fréquemment insérée dans les clauses d'accroissement, qui interdit aux parties de disposer de leurs droits, ne peut faire obstacle à la saisie. Cette convention, dont la validité n'est pas contestable, ne constitue pas une clause d'inaliénabilité mais un engagement personnel de ne pas vendre. Le droit de saisir étant un droit propre des créanciers, ne peut évidemment être affecté par cette convention à laquelle ils sont demeurés étrangers (art. 1165 du Code civil). L'objection selon laquelle les créanciers suivent la condition de leur débiteur n'est pas ici pertinente : l'article 2092 C. civ. leur donne en effet un droit propre, celui de saisir les biens qui sont dans le patrimoine de leur débiteur » ; la matière reste cependant particulièrement subtile étant donné qu'en France, comme nous verrons *infra*, la clause d'accroissement emporte, quant à elle, insaisissabilité ; de plus, les clauses d'inaliénabilité déploient une efficacité vis-à-vis des tiers que la Belgique ne semble pas consacrer.

(445) E. DIRIX, « Commentaire Art. 7 L.H. », in *Privilèges et hypothèques*, Kluwer, 1998, p. 4, n° 2 et « Gage de créances », *ibid.*, 2002, p. 9, n° 6.

elle-même pour le soustraire au droit de poursuite de créanciers⁽⁴⁴⁶⁾. « Dès lors qu'aucun texte n'édicte l'insaisissabilité, l'affectation spéciale d'un bien ne peut à elle seule avoir pour résultat d'en faire une masse distincte du patrimoine du débiteur qui échapperait au droit de gage général des créanciers »⁽⁴⁴⁷⁾. De même, M. van Compernelle écrit, en commentant l'important arrêt du 27 janvier 1983 de la Cour de cassation⁽⁴⁴⁸⁾, que « l'on ne peut ainsi confondre l'affectation des biens et leur saisissabilité ; dès lors qu'ils s'incorporent au patrimoine d'une personne physique ou morale de droit privé, les biens — fussent-ils l'objet d'une affectation légale — sont saisissables pour le paiement de n'importe quelle dette de cette personne »⁽⁴⁴⁹⁾.

Dès lors, en l'absence de disposition légale en ce sens⁽⁴⁵⁰⁾, il n'est pas permis à un sujet de droit d'affecter « à une ou plusieurs fractions de ses biens une finalité spécifique et, plus spécialement, en les soustrayant au droit commun des articles 7 et 8 de la loi hypothécaire »⁽⁴⁵¹⁾. On a justement insisté sur ce que l'article 2092 du Code civil originaire a été rédigé pour partie en réaction contre « les sectionnements patrimoniaux de l'ancien droit »⁽⁴⁵²⁾.

(446) Voy. déjà LEURQUIN, *Code de la saisie-arrêt*, op. cit., p. 89, n° 52 : « Lorsque le débiteur a remis une somme d'argent à un mandataire aux fins de payer une dette déterminée, la somme ainsi remise continue d'appartenir au mandant jusqu'au moment du paiement fait par le mandataire à la personne désignée » ; E. DIRIX, « La propriété fiduciaire, outil de gestion », in *Le trust et la fiducie — Implications pratiques*, Bruylant, 1997, p. 179, n° 4 ; R. PERROT et Ph. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, op. cit., pp. 157 et 158, n° 143, qui citent l'exemple lumineux de la perception de la T.V.A. par les assujettis ; les sommes perçues à ce titre par une entreprise sont destinées à être versées au fisc mais cet objectif, même légal, est impuissant à empêcher un créancier de cette entreprise de les saisir ; *adde* Civ. Bruxelles (sais.), 18 déc. 2001, *J.T.*, 2002, p. 389, où l'Union européenne, agissant en distraction contre une saisie conservatoire opérée entre les mains de la B.B.L., tenta en vain de récupérer des subsides versés sur un compte dont le titulaire était la Banque de la République du Burundi ; la question de la saisissabilité des subsides en méconnaissance de leur destination, a par ailleurs donné lieu d'importants arrêts de la Cour de cassation, dont il sera question ci-dessous.

(447) S. CIMAMONTI, « Biens insaisissables — Étendue », *Juris-Classeur, Procédure civile*, fasc. 2170, Litec, 1993, p. 20, n° 93 ; *adde ibid.*, p. 13, n° 51 : « Une insaisissabilité quelconque ne peut à l'évidence résulter directement de la seule volonté du débiteur. Elle réduirait à néant le principe de saisissabilité des biens et heurterait le caractère d'ordre public du droit de gage général des créanciers » ; voy. ég. G. de LEVAL, « Force exécutoire de l'acte notarié — Saisie immobilière — Ordre », in *Chron. dr. not.*, vol. XI, 1989, pp. 133 et s., sp. p. 156, n° 9.

(448) Cass. (1^{re} ch.), 27 janv. 1983, *Pas.*, 1983, I, p. 622, *R.W.*, 1983-1984, col. 1637.

(449) J. van COMPERNELLE, « Examen de jurisprudence (1972 à 1986). Droit judiciaire privé. Saisies conservatoires et voies d'exécution », *R.C.J.B.*, 1987, pp. 393 et s., sp. p. 414, n° 13.

(450) Voy. la systématisation, séduisante mais largement désuète, faite par De Page des exceptions à l'article 7 de la loi hypothécaire (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VI, 1953, pp. 627 à 653, nos 726 à 731).

(451) J. HANSENNE, *Les biens*, Éd. Collection scientifique de la Faculté de droit de Liège, t. I, 1996, p. 47, n° 38 ; en ce sens ég. : Fr. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, op. cit., p. 90, n° 162 et R. PERROT et Ph. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, op. cit., p. 166, n° 154, note 5, qui montrent qu'il est simpliste, pour tenter de justifier l'efficacité de certaines clauses d'inaliénabilité, de prétendre que le débiteur aurait de toutes façons pu empêcher toute saisie en vendant le bien : « Cette manière d'argument *a fortiori* heurte directement l'article 2092 du Code civil ».

(452) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VI, 1953, p. 624, n° 724.

71. Illustrations. Comment la jurisprudence applique-t-elle cette inopposabilité ? Hors le champ d'application de la saisie-arrêt, la destination de l'immeuble familial et l'interdiction faite à chacun des époux d'en disposer seul ont été justement déclarées inopérantes à empêcher la saisie⁽⁴⁵³⁾. Par ailleurs, décide la jurisprudence, la clause de tontine ne peut prémunir l'immeuble qu'elle régit des prétentions d'un créancier d'un des tontiniers ; nonobstant sa nature juridique particulière, la situation s'analyse en une indivision à laquelle le créancier saisissant peut mettre fin en vertu de l'article 1561 du Code judiciaire⁽⁴⁵⁴⁾. L'impossibilité de saisie de l'immeuble, consacrée en France par un arrêt de la Cour de la cassation⁽⁴⁵⁵⁾, a fait l'objet de critiques judicieuses au regard des règles de l'indivision et de l'article 2092 du Code civil⁽⁴⁵⁶⁾. Enfin, la réserve de propriété perd son efficacité lorsque le bien sur lequel elle porte fait l'objet d'une saisie à charge de l'acquéreur⁽⁴⁵⁷⁾. De façon plus générale,

(453) G. de LEVAL, *Droit du recouvrement — La saisie immobilière*, Larcier, 2002, 4^e éd., p., n° 58 ; R.P.D.B., v° Saisie immobilière, *op. cit.*, p. 695, n° 40 ; en jurisprudence, voy. Gand, 30 juin 1987, R.G.E.N., 1988, p. 287, n° 23607 et Civ. Bruxelles, 6 févr. 1990, *Pas.*, 1990, III, p. 87 (cette décision se fonde, surabondamment à nos yeux, sur le fait que l'immeuble avait été préalablement hypothéqué par les deux époux) ; en droit français, voy. M. et J.-B. DONNIER, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, *op. cit.*, p. 81, n° 236, note n° 14 ; R. PERROT et Ph. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, *op. cit.*, p. 164, n° 152 ; S. CIMAMONTI, « Biens insaisissables — Étendue », *op. cit.*, p. 21, n°s 97 à 100 et la jurisprudence française citée.

(454) Civ. Liège (3^e ch.), 17 janv. 1997, J.L.M.B., 1997, p. 727, *Rev. trim. dr. fam.*, 1997, p. 193, *Rev. not.*, 1997, p. 337 ; Civ. Verviers (1^{re} ch.), 6 janv. 2003, J.L.M.B., 2003, p. 424, *Rev. not.*, 2003, p. 179 ; *contra* : Civ. Charleroi, 28 juin 2002, *Rev. not.*, 2002, p. 845 et R.P.D.B., v° Saisie immobilière, *op. cit.*, p. 697, n° 48 : « La tontine n'est pas une indivision. Théoriquement, les créanciers ne sont en aucune manière empêchés de saisir le bien de leur débiteur, mais ils ne peuvent saisir que ce dont ce dernier est propriétaire. Ils ne pourront en aucune façon provoquer le partage, et la vente sur saisie portera sur les droits du débiteur tels qu'ils sont devenus par sa volonté : des droits conditionnels sur la totalité du bien. Pratiquement, leur valeur économique risque d'être réduite, voire nulle. Le créancier doit subir les conséquences de la modification de la substance du patrimoine de son débiteur et est lié à la façon dont celui-ci l'a constitué » ; *adde*, du même auteur, *Les saisies — Chronique de jurisprudence* (1989-1996), Dossiers du Journal des tribunaux, Larcier, 1997, p. 179, n° 223 ; voy. J.-F. ROMAIN, « Observations au sujet de la convention de tontine : de l'aléa au pacte sur succession future », in *Mélanges offerts à P. VAN Ommeslaghe*, Bruylant, 2000, pp. 221 et s. et les nombreuses références citées.

(455) En France, en effet, l'impossibilité de saisie prévaut si la dette ne pèse que sur un des tontiniers ; voy. Cass. fr. (1^{re} civ.), 18 nov. 1997, *Bull. civ.*, 1997, I, p. 214, n° 315, *D.*, 1998, éd. Aff., p. 110 : « Le droit de gage général des créanciers ne pouvant s'exercer que sur les biens dont le débiteur est propriétaire, c'est à bon droit que la cour d'appel, qui a relevé que la condition suspensive de survie n'étant pas réalisée à la date de délivrance du commandement [...], a décidé que le débiteur n'était pas titulaire d'un droit privatif de propriété sur le bien immobilier ou partie du bien, objet dudit commandement » ; *adde* R. PERROT et Ph. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, *op. cit.*, p. 152, n° 136.

(456) Voy. M. SÉNÉCHAL, *L'effet réel de la procédure collective : essai sur la saisie collective du gage commun des créanciers*, *op. cit.*, pp. 126 à 140, n°s 104 à 120.

(457) N. VERHEYDEN-JEANMART et N. LEPOT-JOLY, « L'opposabilité des contrats à l'égard des tiers et assimilés », in *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, pp. 222 et s., sp. p. 250, n° 61 ; M. FONTAINE, « Les effets « internes » et les effets « externes » des contrats », *op. cit.*, p. 56, n° 37 ; depuis l'entrée en vigueur de la loi du 8 août 1997, la réserve de propriété reste efficace malgré la survenance de la faillite, sous certaines conditions (voy. sp. l'article 101 de la loi précitée, tel que récemment modifié par la loi du 6 décembre 2005 modifiant la loi du 8 août 1997 en ce qui concerne la procédure de vérification des créances, *M.B.*, 22 déc. 2005, 2^e éd.) ; étant donné que l'article 20, 5°, de la loi hypothécaire est, quant à lui, resté inchangé, nous estimons que la faveur législative est réservée

le sort peu favorable réservé par la loi hypothécaire aux prérogatives du vendeur de meubles nous paraît un indice supplémentaire de l'importance que le législateur attache à réserver des éléments saisissables à la collectivité des créanciers ⁽⁴⁵⁸⁾.

Dans le domaine des meubles incorporels plus spécifiquement, il arrive que l'objectif donné non par le saisi mais par des textes réglementaires à certaines créances soit écarté au profit du droit des créanciers à les saisir. Ainsi en est-il de l'appréhension des subsides, dont le contentieux a nourri d'importantes décisions de la Cour de cassation. Parmi celles-ci, on citera un arrêt du 15 octobre 1999 ⁽⁴⁵⁹⁾, qui cassa un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 1^{er} octobre 1997 ⁽⁴⁶⁰⁾. Il nous paraît utile de reproduire ici un extrait de l'arrêt de la haute juridiction : « Attendu que l'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal n° 5 du 18 avril 1967 relatif au contrôle de l'octroi et de l'emploi des subventions et l'article 55 de l'arrêté royal du 17 juillet 1991 portant coordination des lois sur la comptabilité de l'État disposent que toute subvention [...]

au cas de la faillite ; à défaut d'avoir été invoquée avant la saisie du bien en question ou avant l'entrée en liquidation d'une personne morale, la clause ne pourra profiter au vendeur ; M. Van Ommeslaghe, que l'on ne peut certainement pas classer parmi les auteurs favorables à l'appréciation de la règle de l'égalité des créanciers comme règle fondamentale de notre système juridique, estime qu'il y a à tout le moins incertitude (P. VAN OMMESLAGHE, « Les grandes tendances de l'évolution du droit des obligations conventionnelles lors des trente-cinq dernières années », *T.P.R.*, 2001, pp. 357 et s., sp. p. 361, n° 6) ; se prononcent dans le sens du *statu quo* hors le cas de faillite : Ph. JEHASSE, *Manuel de la liquidation*, Kluwer, 2004, p. 306, n° 630 ; Fr. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, *op. cit.*, p. 92, n° 165 ; F. DAVREUX et N. GENDRIN, « Développements récents à propos de la clause de réserve de propriété, utilité du privilège du vendeur et position du fournisseur et du prestataire de service », in *Le point sur le droit des sûretés*, Formation permanente C.U.P., vol. 41, 2000, pp. 275 et s., sp. pp. 285 et 286 ; W. DERIJCKE, « Sûretés : entre crédit et discrédit. Questions spéciales du droit des sûretés à l'usage des petites et moyennes entreprises », *Ann. dr.*, 1999, pp. 109 et s., sp. p. 155, n° 58, note n° 173 ; *adde* B. DE CONINCK, « La clause de réserve de propriété et son opposabilité en cas de concours », *R.G.D.C.*, 2005, pp. 241 et s. ; l'auteur se prononce contre l'extension de l'opposabilité de la clause en cas de concours lorsqu'il ne s'agit pas d'une faillite et, dans une mesure limitée, d'un concordat (*op. cit.*, pp. 250 et 251, n° 25) ; M. Dirix voit par contre dans l'article 101 de la loi du 8 août 1997 l'expression d'un principe applicable dans toute forme de concours (E. DIRIX, « Commentaire Art. 101 L. Faill. », in *Privilèges et hypothèques*, Kluwer, 2003, p. 13, n° 11 et p. 14, n° 13) ; si nous ne partageons pas l'opinion de cet éminent auteur, nous concédons volontiers que l'interprétation qui obtient notre faveur pourrait faire surgir une question d'inégalité des vendeurs de meubles selon la procédure d'insolvabilité à laquelle ils sont confrontés.

(457) Voy. F. GEORGES, « Les prérogatives du partenaire du commerçant en difficulté : état des lieux », in *La faillite et le concordat en droit positif belge après la réforme de 1997*, Collection scientifique de la Faculté de droit, 1998, pp. 393 et s., sp. pp. 403 à 422 ; sur le sort souvent funeste réservé au vendeur de biens corporels, voy. T. M. MARGELLOS, *Les garanties légales du vendeur d'objets mobiliers corporels en droit comparé*, Larcier, 2001.

(458) Cass. (1^{re} ch.), 15 oct. 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 1324, *R.R.D.*, 2000, p. 75, *Rev. not.*, 2000, p. 133, *T. Not.*, 2000, p. 490 avec note D. PATART, *R.D.C.*, 2000, p. 233 avec note C. LEUNEN, *R.C.J.B.*, 2001, pp. 166 et s., avec étude N. THIRION, « La théorie de l'égalité des créanciers en concours d'une personne morale en liquidation : nouveaux enseignements de la Cour de cassation ? » ; *adde* le commentaire fait de cet arrêt par Chr. BIQUET-MATHIEU, « Les sûretés », in *Chron. dr. not.*, vol. XXXI, Larcier, 2000, pp. 304 à 307 ; en France, un prélèvement légalement obligatoire et destiné à une affectation précise n'a pas pour autant été déclaré insaisissable (Cass. fr. (3^e civ.), 15 févr. 1983, *Bull. civ.*, III, n° 46 ; sur cet arrêt, voy. S. CIMAMONTI, « Biens insaisissables — Étendue », *op. cit.*, p. 19, n° 91).

(459) Bruxelles (9^e ch.), 1^{er} oct. 1997, *J.L.M.B.*, 1999, pp. 1351 et s., avec note B. LISSOIR, « "Destinataire final" de subsides cherche privilège ».

doit être utilisée aux fins pour lesquelles elle est accordée ; qu'en vertu de l'article 3, alinéa 1^{er}, 1° et 2°, de l'arrêté royal du 18 avril 1967 et de l'article 57, aliéna 1^{er}, de l'arrêté royal du 17 juillet 1991, l'allocataire qui ne respecte pas les conditions d'octroi de la subvention ou qui n'utilise pas la subvention aux fins pour lesquelles elle est accordée est tenu de rembourser sans délai le montant de la subvention ; attendu que ces dispositions obligent certes l'allocataire d'affecter les subventions aux fins pour lesquelles elles ont été accordées, mais qu'elles ne créent pas un droit de préférence qui ferait échapper la créance au concours né de la mise en liquidation de l'allocataire ; attendu que l'arrêt, qui considère que les susdites dispositions « ont pour conséquence d'instaurer en fait un privilège en faveur du destinataire final des subventions » et que la créance de la défenderesse n'entre pas en concours avec les autres créanciers, viole le principe général et les dispositions légales et réglementaires indiqués dans le moyen »⁽⁴⁶¹⁾. À nos yeux, l'arrêt cassé eût également encouru la censure de la Cour de cassation s'il avait qualifié le mécanisme d'affectation du subsidie de garantie et non de privilège⁽⁴⁶²⁾.

Dans un arrêt du 24 avril 2001, la cour d'appel de Liège a déclaré inopposable en cas de concours la clause qui permet à une compagnie d'assurances de s'opposer au transfert d'un portefeuille d'assurance appartenant à un courtier failli aussi longtemps que n'est pas soldée la dette de celui-ci vis-à-vis de la compagnie⁽⁴⁶³⁾. Le pourvoi en cassation introduit contre cette décision, qui a donné lieu à l'important arrêt du 26 juin 2003 sur lequel nous reviendrons à propos de la compensation après concours⁽⁴⁶⁴⁾, n'a pas critiqué cette appréciation de la cour d'appel de Liège⁽⁴⁶⁵⁾.

(461) Au-delà de nos considérations relatives à ce que l'affectation, même légale, donnée à des biens, n'emporte pas en soi insaisissabilité, on constate qu'il en va *a fortiori* ainsi lorsque le texte qui consacre l'affectation n'est pas légal mais simplement réglementaire, comme dans le présent cas ; en France, voy. Cass. fr. (1^{re} civ.), 4 nov. 2003, *D.*, 2004, J., p. 521 avec note G. TAORMINA : « L'interdiction de donner en nantissement les parts d'une société civile professionnelle de notaire ou de les vendre aux enchères publiques n'emporte pas, par principe, leur insaisissabilité qui ne pourrait résulter que d'une disposition législative » ; la Haute juridiction a néanmoins consacré l'insaisissabilité de ces parts d'associés en reprochant à l'arrêt attaqué d'avoir déclaré valable leur saisie-vente alors qu'elle « réalise une cession forcée et que l'exigence de l'agrément préalable du cessionnaire par le Garde des Sceaux est incompatible avec une telle cession » ; dans sa note précitée, M. Taormina constate *a contrario* que cet arrêt exclut de l'immunité d'exécution les parts sociales des sociétés civiles professionnelles et sociétés d'exercice libéral constituées pour exercer des professions qui n'impliquent pas l'acquisition d'un office ministériel.

(462) *Contra*, mais à tort à nos yeux, A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours », *op. cit.*, p. 887, n° 29.

(463) Liège (10^e ch.), 24 avr. 2001, *R.G.D.C.*, 2002, p. 402.

(464) Cass. (1^{re} ch.), 26 juin 2003, *J.T.*, 2004, p. 14 (somm.), *Rev. not.*, 2003, p. 620, *R.D.C.*, 2004, pp. 476, avec note I. PEETERS, *R.W.*, 2003-2004, pp. 1419 et s., avec note M. DE THEIJE ; voy. *infra*, n° 95.

(465) Dans ces conditions, nous nous interrogeons sur la portée de la recension de cet arrêt faite par M. Zenner en sa qualité de membre de la commission de la Justice du Sénat lors de l'examen annuel du rapport de la Cour de cassation (Rapport de la Cour de cassation 2003 — Rapport fait au nom de la Commission de la justice par M. ZENNER, *Doc. parl.*, Sén., sess. 2003-2004, n° 3-453/1, p. 4) :

La cour d'appel de Bruxelles a, quant à elle, décidé que la naissance d'un concours s'opposait à l'efficacité d'une délégation de loyers d'un appartement consentie à une association de copropriétaires⁽⁴⁶⁶⁾. L'appartement faisait partie d'une succession déclarée vacante. Selon la cour, « la vacance de la succession fait naître un concours entre les créanciers de la succession ; la copropriété [...] ne dispose à l'égard de la succession que d'une simple créance qu'elle ne peut faire valoir qu'en respectant le rang des divers créanciers ; le mécanisme de délégation prévu au règlement de copropriété n'a pas pour effet de modifier la nature de la créance dont dispose la copropriété et ne permet dès lors pas à celle-ci de faire échec aux règles de répartition invoquées par la curatelle ». On relève également une décision du juge de paix d'Auderghem, qui, confronté à une construction similaire permettant à la copropriété de percevoir les loyers en lieu et place du propriétaire-bailleur, a décidé d'une consignation des loyers en raison de la présence plus que vraisemblable d'autres créanciers du bailleur⁽⁴⁶⁷⁾.

Reste en revanche controversée l'efficacité vis-à-vis des tiers de l'usage de la propriété à titre de garantie dans les cas où elle n'est pas expressément consacrée par la loi⁽⁴⁶⁸⁾. La question est particulièrement cruciale pour notre propos, étant donné que cet usage ne concerne en pratique que les meubles incorporels. Nous y reviendrons lors de l'examen des causes de préférence permettant de déroger à une répartition égalitaire, en raison des liens étroits unissant cette question et le caractère limitatif des causes de préférence⁽⁴⁶⁹⁾.

72. Nuances. Il arrive toutefois que la prise en considération d'intérêts supérieurs, individuels ou collectifs, déroge au principe de sujétion uniforme des biens. On se bornera ici à citer deux exemples. Il s'agit d'une part de l'insaisissabilité bien connue des revenus consacrée par les articles 1409 à 1412 du Code judiciaire. D'autre part, la législation relative aux travaux publics régit de façon minutieuse l'appréhension

« Dans l'espèce dans laquelle a été rendu l'arrêt du 26 juin 2003 [...], la question de l'opposabilité audit curateur de l'interdiction de cession du portefeuille stipulée dans le contrat conclu entre l'assureur et son courtier pour le cas où celui-ci serait déclaré en faillite en étant débiteur est ainsi centrale » ; centrale ou non, cette question n'était pas soumise à la censure de la haute juridiction.

(465) Bruxelles (2^e ch.), 3 nov. 1994, *J.T.*, 1995, p. 215.

(466) J.P. Auderghem, 20 déc. 1996, *J.J.P.*, 2000, p. 389, avec note N. VANDEWEERD, « Quelques réflexions à propos de la clause de délégation prévue dans le règlement de copropriété » ; le jugement considère : « Il paraît en conséquence probable sinon certain qu'il y aura concours entre plusieurs créanciers susceptibles, le cas échéant, d'invoquer des privilèges et des créances de rangs différents. Il est sage dès lors de consigner provisoirement les loyers et charges dus par Mme V à sa bailleuse sur un compte rubriqué ouvert au nom des conseils des parties demanderesse (association des copropriétaires de l'immeuble P... et défenderesse, Mme V) ».

(467) M. GRÉGOIRE, « Le présent et l'avenir des sûretés réelles mobilières et des sûretés personnelles », in *Rapports belges au congrès de l'Académie internationale de droit comparé à Brisbane*, *op. cit.*, pp. 203 à 220, n^{os} 43 à 47.

(468) Voy. *infra*, n^{os} 112 et s.

des créances de l'adjudicataire vis-à-vis des autorités administratives, afin d'éviter l'inexécution ou les retards de l'entreprise⁽⁴⁷⁰⁾. Il s'agit de l'article 23 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services. Cet article prévoit une interdiction temporaire de saisie, engagement et cession des créances issues de tels contrats, à moins que ces mesures ne soient mises en œuvre par des travailleurs, fournisseurs, sous-traitants et bailleurs de fonds de l'adjudicataire⁽⁴⁷¹⁾. Au regard de l'ampleur du champ d'application *ratione personae* de la loi, il s'agit d'une exception qu'on ne peut négliger.

73. Synthèse. En résumé, on constate que des prérogatives issues de relations contractuelles parfaitement valables entre parties deviennent inopposables à un tiers créancier qui exerce une emprise sur un meuble incorporel de son débiteur, lorsque ces relations tendent à ou ont pour effet de soustraire cette créance à son droit de poursuite. Un éminent spécialiste du droit de l'insolvabilité le déplore et constate que l'imprévisibilité de l'efficacité juridique de constructions contractuelles provoque la méfiance des investisseurs⁽⁴⁷²⁾.

La sécurité juridique n'est cependant synonyme ni de permissivité ni d'avantage déséquilibré en faveur de partenaires économiques dont les intérêts sont éminemment respectables, mais également susceptibles de pondération. Un tel constat relève du truisme : ce qui sera donné aux organismes de crédit — car ce sera principalement d'eux qu'il s'agira — sera retiré aux autres partenaires du débiteur en difficulté. Ainsi qu'on l'a écrit, « l'analyse de la physionomie d'ensemble des interactions entre le droit des procédures collectives et les différentes branches du droit privé montre qu'il est nécessaire de trouver des équilibres entre des intérêts divergents, si ce n'est même contraires, et que chacun doit nécessairement y trouver une limite. La valeur d'un droit se mesure précisément

(470) Fr. T'KINT, « L'engagement des créances », in *Mélanges offerts à P. Van Ommeslaghe*, pp. 283 et s., sp. pp. 290 et 291, n° 8 et *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, op. cit., p. 37, n° 55.

(471) Sur cette disposition, voy. A. CUYPERS et E. DIRIX, « Commentaire L. 3 janvier 1958 et L. 24 décembre 1993 », in *Privilèges et hypothèques*, Kluwer, 1999 ; A. VERBEKE, « Cessie en in pandgeving van vorderingen betreffende overheidsopdrachten », in *Formation permanente des huis-siers de justice*, Story-Scientia, 1999, pp. 169 et s ; A. DELVAUX et Fr. MOÏSES, *Droit bancaire et financement des marchés publics*, Larcier, Dossiers du Journal des tribunaux, n° 24, 2000, sp. pp. 79 et s., n° 15 et s.

(472) « Rapport de la Cour de cassation », Rapport fait au nom de la commission de la Justice par A. ZENNER, *Doc. parl.*, Sén., sess. 2003-2004, n° 3-453/1, pp. 4 et 5 ; l'auteur de l'intervention voit trois conséquences à la friolité de la jurisprudence à reconnaître l'efficacité des garanties contractuelles issues de la pratique : une délocalisation d'opérations juridiques, économiques et financières, un renchérissement du coût du crédit et la création d'un droit de l'insolvabilité à deux vitesses qui réserve un traitement particulier aux banques, les compagnies d'assurances et les sociétés de bourse en cas de défaillance d'un des leurs ; *adde* A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours », *J.T.*, 2004, pp. 865 et s. et 881 et s.

à la qualité de l'équilibre qu'il ordonne ainsi : nul ne doit s'y sentir sacrifié aux autres ; chacun accepte les sacrifices exigés par la vie en société s'il a le sentiment qu'on ne lui en demande pas plus qu'aux autres. Un droit digne de ce nom n'est donc pas partisan » ⁽⁴⁷³⁾.

Qui mieux que le législateur devrait être à même de réaliser l'équilibre entre le souci d'attirer les capitaux et la garantie des crédits qu'il exige, d'une part, et le respect des intérêts des autres créanciers, d'autre part ? C'est évidemment une erreur de penser que les juridictions, quel que soit l'échelon de leur intervention, ne prennent pas en considération les conséquences pratiques qu'on pourrait extrapoler de leurs décisions ⁽⁴⁷⁴⁾. Certains propos formulés par de hauts magistrats nous paraissent d'ailleurs révéler une implication que nous estimons singulière ⁽⁴⁷⁵⁾.

(473) E. CHVIKA, *Droit privé et procédures collectives*, Defrénois, Doctorat et notariat, Collection de thèses, 2003, p. 12, n° 6.

(474) Voy. M. CHARLIER, « La Cour de cassation et le quotidien », in *Liber amicorum Commission droit et vie des affaires*, Bruylant, 1998, pp. 3 et s.

(475) Voy. ainsi la réponse faite par M. Verougstraete, président à la Cour de cassation, à M. Zenner, en sa qualité de sénateur, lors de la discussion au Sénat du Rapport annuel de la Cour de cassation : « M. Verougstraete souligne l'existence d'une constante dans l'évolution de la jurisprudence de la Cour depuis 1996, 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... 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. 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 avril 1996 [n.d.a. : il faut lire octobre] [...] 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 de 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 décisions se placent dans un contexte tellement spécifique que l'on ne peut en tirer des conclusions générales » (« Rapport de la Cour de cassation — Rapport fait au nom de la commission de la Justice », *Doc. parl.*, Sén., sess. 2003-2004, n° 3-453/1, pp. 12) ; cette réponse nous étonne à plusieurs égards ; si le législateur, européen ou non, entend créer un droit de l'insolvabilité propre aux établissements de crédit et d'assurance, on ne voit pas en quoi cela appellerait qu'une haute juridiction rapproche le droit commun de ces normes spécifiques ; par ailleurs, le principe d'égalité des créanciers ne nous paraît pas, loin de là, une idée reçue : il nourrit depuis des décennies la jurisprudence de la Cour de cassation ; enfin, tout arrêt de la Cour étant issu d'une espèce particulière, il est un peu court de rabaisser par ce fait même l'enseignement qui pourrait s'attacher à certains arrêts par le simple fait qu'ils n'apparaissent pas être de principe ; quant au contexte de cette déclaration, sans remettre en cause l'utilité du rapport annuel fait de ses activités par la Cour de cassation, nous estimons surprenant d'une part qu'une prise de position « politique » soit aussi clairement exprimée par un magistrat et d'autre part que la présentation faite par celui-ci de la jurisprudence de la Cour le soit comme clairement orientée dans un sens alors que tel n'est pas le cas ; comp. d'ailleurs I. VEROUGSTRAETE, « Dettes de masse, privilège et monnaie de faillite », note sous Cass. (1^{re} ch.), 16 juin 1988 (3 arrêts), *R.C.J.B.*, 1990, pp. 5 et s., sp. p. 32, n° 23 : « L'idéal législatif en la matière sera, dans le malheur commun, de faire subir à chaque créancier une perte proportionnelle au montant de ses droits dans le total des dettes et de réduire ainsi le risque en le répartissant entre tous ».

Mais enfermées dans le contexte limité des espèces qu'elles tranchent, les juridictions ne peuvent suppléer de façon satisfaisante à l'impéritie d'un législateur incapable d'arbitrer le conflit entre les différents intérêts.

Dans pareil contexte, nous approuvons, d'un point de vue juridique, que l'égalité des créanciers soit retenue comme critère déterminant⁽⁴⁷⁶⁾, sans dogmatisme et dans l'attente d'un meilleur équilibre où la loi trancherait tant les principes que les détails nécessaires au fonctionnement harmonieux des mécanismes de garantie⁽⁴⁷⁷⁾. Quoi qu'on en pense, il n'appartient pas en dernier ressort au juge d'attirer les investisseurs. Et la sécurité juridique réside également dans l'écartement de « technique bâtarde parce qu'inspirée de solutions étrangères malaisément transposables dans un contexte différent de celui dont elles sont extraites »⁽⁴⁷⁸⁾.

§ 2. Les atteintes portées par le tiers saisi aux droits du saisissant

74. Interdiction de dessaisissement du tiers saisi. Dans le chef du tiers saisi, la remise d'un acte de saisie-arrêt entraîne pour lui l'interdiction de payer le saisi⁽⁴⁷⁹⁾. L'indisponibilité des fonds entre les mains du tiers

(476) Comp. Th. BONNEAU, Préface à E. CHVIKA, *Droit privé et procédures collectives*, op. cit., p. VI ; dans sa thèse, M. Chvika examine le droit des procédures collectives à la fois comme droit spécial au regard des principes de la liberté contractuelle et comme droit commun au regard des règles particulières aux établissements bancaires et financiers, auxquelles faisait allusion M. Verougstraete dans son intervention que nous citons dans le présent numéro ; M. Bonneau écrit en préface de cette remarquable recherche : « On peut se demander si les règles dérogatoires applicables aux entreprises bancaires et financières en ce qui concerne les créanciers ne devraient pas devenir le droit commun. On peut d'autant plus se le demander que nombre de procédures collectives ne permettent pas le redressement de l'entreprise en difficulté, de sorte que les sacrifices habituellement demandés aux créanciers paraissent, pour le moins, excessifs ».

(477) On peut juger opportun, comme M. Verougstraete, que la Cour de cassation ait reconnu l'opposabilité, en cas de concours, des relations juridiques déduites d'un leasing ; cela ne résout pas tous les problèmes pour autant : « le mécanisme du crédit-bail repose sur un montage contractuel, déterminé par la loi et qui est seulement créateur d'obligations personnelles. Ainsi, en cas de cession du bien par le crédit-bailleur, le crédit-preneur ne peut opposer au cessionnaire un droit réel sur le bien. Le cessionnaire, par application du principe de l'effet relatif des contrats ne devrait pas être tenu des obligations personnelles du crédit-bailleur alors que ce dernier en demeurerait tenu. Ce n'est qu'en vertu d'une nécessaire dérogation législative (similaire à celle existant en matière de bail) à ce principe que le cessionnaire est obligé de la même façon que le cédant » (P. CROCQ, *Propriété et garantie*, op. cit., p. 84, n° 104).

(478) M. BANDRAC, citée par P. CROCQ, *Propriété et garantie*, op. cit., p. 116, n° 140, note n° 2.

(479) G. de LEVAL, *La saisie-arrêt*, op. cit., p. 189, n° 123 ; M. de Foestraets en déduit que « le droit de gage du créancier, qui ne porte pourtant que sur le bien incorporel se trouvant dans le patrimoine de son débiteur (la créance) va ainsi voir certains de ses effets étendus au patrimoine du tiers, qui ne pourra plus se dessaisir comme il l'entend des 'sommes et effets' qu'il doit à ce débiteur en vertu de la créance saisie-arrêtée » (G. de FOESTRAETS, « Saisie-arrêt et cession de créance : un difficile équilibre », in *Liber Amicorum C.D.V.A.*, Bruylant, 1998, pp. 159 et s., sp. p. 160, n° 2) ; il s'agit là d'une conséquence inévitable de toute relation triangulaire permise par l'aspect patrimonial de l'obligation juridique.

saisi étant totale⁽⁴⁸⁰⁾, une violation, même partielle, de cette prohibition l'expose à une double sanction : devoir payer une seconde fois en application de l'article 1242 du Code civil ou subir une condamnation aux causes des saisies prévue par les articles 1451 et 1540 du Code judiciaire⁽⁴⁸¹⁾. Nous ne nous attarderons pas sur ces sanctions abondamment commentées en doctrine et appliquées par la jurisprudence. Rappelons simplement que le juge des saisies jouit d'un pouvoir d'appréciation quant au principe de la condamnation du tiers saisi⁽⁴⁸²⁾, qui revêt la forme d'une peine privée⁽⁴⁸³⁾. Les mesures de recouvrement propres au droit fiscal, qui avaient écarté un tel pouvoir d'appréciation

(480) Pour une illustration où le débiteur saisi a pu bénéficier, sans l'avoir expressément invoqué, de l'article 1412bis du Code judiciaire, étant donné que le blocage de ses comptes l'empêchait d'assumer sa mission d'intérêt public, voy. Bruxelles (9^e ch.), 3 oct. 1996, *J.L.M.B.* 1997, p. 1239 : « Il ne se conçoit pas qu'un service public puisse se passer de ses avoirs bancaires, lesquels sont nécessaires à l'exercice de sa mission publique ;...il est manifeste que la continuité du service public est mise en brèche par un blocage immédiat et total de ses comptes bancaires ; [...] le tiers saisi a du reste indiqué dans sa déclaration [...] qu'il estimait qu'une saisie sur les avoirs bancaires de l'appelante n'était pas possible et qu'il ne procéderait pas à un blocage de tous les avoirs de la [S.R.W.L.] mais qu'il bloquerait un montant suffisant pour couvrir les causes de la saisie sur le compte *bis*, afin de préserver les droits des parties et vu le principe de continuité des services publics » ; lorsque le saisi est une personne morale de droit public, il est apparemment habituel que l'établissement de crédit limite automatiquement l'objet de la saisie au montant de sa cause : pour une autre illustration, voy. Bruxelles (8^e ch.), 7 sept. 1999, *R.W.*, 2000-2001, p. 1203, avec note S. BRIJS, « Uitvoeringsimmunititeit voor bankrekeningen » ; sur l'application de l'article 1412bis aux avoirs bancaires, voy., outre la note précitée de M. Brijs, Civ. Bruxelles (sais.), 20 déc. 1990, *R.W.*, 1991-1992, pp. 299 et s., avec obs. F. VAN VOLSEM et D. VAN HEUVEN et Civ. Bruxelles (sais.), 15 mai 2003, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1737 (somm.) ; quant à l'immunité d'exécution invoquée par les États en opposition aux saisies de comptes en banque dans le contentieux international, voy. les développements de A. REDFERN et M. HUNTER (avec N. BLACKABY et C. PARTASIDES), *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 2^e éd., Thomson — Sweet & Maxwell, 2004, pp. 550 à 554, nos 10-64 à 10-67.

(481) Pour une synthèse récente, voy. D. PATART, « Considérations relatives à la portée de l'article 1451 du Code judiciaire », note sous Bruxelles (9^e ch.), 12 mai 2000, *J.L.M.B.*, 2003, pp. 1346 et s. ; voy. ég. Civ. Anvers (sais.), 8 juin 1998, *R.W.*, 1998-1999, p. 927.

(482) Dans son arrêt du 18 juin 1999, la Cour de cassation a expressément consacré cette solution ; selon la haute juridiction, la cour d'appel qui décide que la sanction n'est pas facultative et qu'elle doit sans plus être ordonnée viole l'article 1540 du Code judiciaire (Cass. (1^{re} ch.), 18 juin 1999, *Bull.*, 1999, p. 919, *P.&B./R.D.J.P.*, 1999, p. 217 avec note P. VANLERSBERGHE, « De sanctie wegens het uit handen geven van sommen na uitvoerend derdenbeslag. Commentaar bij het arrest van het Hof van Cassatie gewezen op 18 juni 1999 », *R.W.*, 2000-2001, p. 161 avec note G. VAN HAEGENBORGH, « De taak van de beslagrechter bij het toepassen van de sanctie opgelegd door art. 1540, eerste lid, Ger. W. », *J.T.*, 2000, p. 51 [somm.] ; on relève particulièrement l'intérêt du commentaire de M. Van Haegenborgh, qui consacre ses développements tant à la sanction propre au Code judiciaire qu'à l'article 1242 du Code civil ; voy. ég. Cass. (1^{re} ch.), 14 mai 1999, *Bull.* et *Pas.*, 1999, p. 688, *P.&B./R.D.J.P.*, 2000, pp. 128 et s., avec note P. VANLERSBERGHE, « De kennis van het beslagexploot als toelaatbaarheidsvereiste voor de sanctie van art. 1451 Ger. W. », *R.W.*, 1999-2000, p. 1338 avec obs. M.-E. STORME, « De ontvangstleer bij derdenbeslag en andere kennisgevingen die de betalingsverplichting van een schuldenaar wijzigen, en de verzendingsleer bij rechtshandelingen die een termijn doen ingaan » : « Attendu que, contrairement à la disposition de l'article 1452, alinéa 1^{er}, précité, qui fait courir le délai concernant l'obligation de déclarer à partir de la signification de la saisie, la disposition de l'article 1451 précité n'autorise la sanction que dans la mesure où le tiers saisi a reçu l'acte de la saisie-arrêt ; qu'il s'ensuit que le tiers saisi ne peut être déclaré débiteur pur et simple des causes de la saisie que s'il s'est dessaisi des sommes ou effets qui font l'objet de l'acte de saisie, alors qu'il avait connaissance ou aurait dû avoir connaissance de l'acte contenant saisie-arrêt » (traduction libre).

(483) E. DIRIX, « Een beslag legt men nooit alleen », in *Facetten van ondernemingsrecht — Liber amicorum Professor Frans Bouckaert*, op. cit., n° 7.

au juge des saisies, avaient été déclarées anticonstitutionnelles par la Cour d'arbitrage par deux arrêts des 5 mars et 12 juin 1997⁽⁴⁸⁴⁾.

Cette latitude conférée au juge permet de tempérer les conséquences excessives qui résulteraient d'une stricte application du principe d'emprise. Ainsi, dans une espèce où l'ordre de paiement d'une dette avait été donné à une banque la veille de la réception de l'acte de saisie-arrêt conservatoire, la cour d'appel de Liège a décidé que la condamnation ne pouvait être encourue puisque le tiers s'était dessaisi des sommes alors qu'il n'avait pas connaissance de la saisie-arrêt et n'aurait pas dû en avoir connaissance⁽⁴⁸⁵⁾. Dans la rigueur des principes, au moment de la saisie-arrêt, le tiers saisi n'était pas libéré. Cependant, les circonstances de l'affaire convainquent la cour qu'il était matériellement impossible au tiers saisi d'empêcher l'exécution de l'ordre. Au demeurant, même si la cour ne l'évoque pas, le principe de l'irrévocabilité des instructions de transfert de monnaie scripturale, que nous examinerons dans la seconde partie de notre recherche, abondait en ce sens⁽⁴⁸⁶⁾.

Dans un récent arrêt, la Cour de cassation a décidé que la condamnation du tiers saisi ne peut être compromise par le fait qu'au moment où le juge en connaît, le saisissant n'a accompli aucune mesure d'exécution contre le saisi et que la durée de validité de la saisie-arrêt conservatoire est expirée⁽⁴⁸⁷⁾.

Enfin, il est essentiel de signaler que nonobstant l'interdiction de dessaisissement frappant le tiers saisi, ce dernier peut se prévaloir d'une compensation conventionnellement prévue avec le débiteur saisi, dans les conditions que nous décrirons et critiquerons dans la prochaine sous-section.

75. Opposabilité du substrat obligationnel. Autre chose, rappelons-le, est le fait qu'à moins qu'elle ne naisse du seul vœu de la loi, la créance saisie s'insère le plus souvent dans une relation contractuelle. Soit une saisie sur salaire ; si le saisi se trouve licencié pour une raison ou pour une autre, on concevrait mal comment la mesure conservatoire ou la

(484) Sur ce point, voy. N. PIROTTE, *Le recouvrement fiscal*, Kluwer, 2000, pp. 97 à 104, n^{os} 131 à 142 ; un arrêt de la cour d'appel de Liège du 16 décembre 2004 (Liège (7^e ch.), 16 déc. 2004, inédit, R.G. n^o 2002/1057) reconnaît le principe de la responsabilité du législateur pour avoir édicté les normes jugées anticonstitutionnelles pour apprécier les suites à réserver à des poursuites exercées par le fisc contre le tiers saisi reconnu débiteur des causes de la saisie sans avoir été entendu par une juridiction.

(485) Liège (7^e ch.), 30 nov. 2004, inédit, R.G. n^o 2002/724.

(486) Voy. *infra*, n^o 420.

(487) Cass. (1^{re} ch.), 26 avr. 2002, *R.D.J.P.*, 2002, p. 220, *R.W.*, 2002-2003, p. 1220 avec obs. A. DE WILDE, « De voorwaarden van de schuldenaarsverklaring bij miskenning, door de derde-beslagene, van het afgifteverbod » ; voy. ég. notre commentaire de cet arrêt in « Saisie-arrêt : réformes et jurisprudence récentes », *Saisies et astreinte*, Formation permanente C.U.P., vol. 65, 2003, pp. 85 à 152 ; nous devons préciser que le texte de l'arrêt fait état de « mesure d'exécution à l'encontre du tiers saisi » mais il nous paraît s'agir là d'une erreur de plume.

voie d'exécution puisse prospérer plus longtemps. Soit une saisie de loyers ; le bailleur perd son locataire suite à une résiliation du bail ou à un congé légalement donné. Les loyers ne sont plus dus⁽⁴⁸⁸⁾. En fait, il s'agit ici des limites imprégnant inéluctablement la créance saisie-arrêtée, dont le créancier poursuivant ne peut nier les origines⁽⁴⁸⁹⁾.

Nous avons déjà justifié plus haut cet aspect des poursuites ayant les créances pour objet. Faut-il réserver le cas de la fraude aux droits des créanciers, qui verrait le débiteur saisi et le tiers s'entendre pour nuire à leurs droits ? La question est délicate. Comme toute atteinte douloureuse aux intérêts d'autrui, elle pourra être sanctionnée mais uniquement par la condamnation du tiers à verser des dommages et intérêts au créancier. Il est en effet difficilement imaginable que ce dernier puisse contraindre le tiers à la poursuite d'une relation contractuelle. Par ailleurs, l'évaluation du préjudice que le tiers pourra être condamné à réparer sera particulièrement malaisée.

76. Dessaisissement du tiers saisi entre les mains de l'huissier instrumentant. Au stade de la saisie-arrêt exécution, le tiers saisi dont la dette est exigible sera amené à vider ses mains entre celles de l'huissier instrumentant, ainsi que l'impose l'article 1543 du Code judiciaire. Il incombera alors à l'huissier de justice de procéder à la répartition du produit de la saisie dans le respect de la procédure de distribution par contribution, prévue aux articles 1627 à 1638 du même Code⁽⁴⁹⁰⁾.

Dans un arrêt du 24 septembre 2004, la Cour de cassation a rappelé qu'il incombait au tiers saisi de vider ses mains entre celles de l'huissier et non entre celles du créancier saisissant⁽⁴⁹¹⁾. L'intérêt de l'arrêt réside essentiellement dans le fait que la haute juridiction a décidé que les règles du paiement indu sont applicables à ce versement erroné, qui peut être réclamé au créancier saisissant par le tiers saisi, nonobstant la pénalité spécifique susceptible de frapper le tiers saisi qui s'est ainsi comporté⁽⁴⁹²⁾.

(488) La saisie-arrêt de loyers ne prive pas le débiteur de s'entendre avec son locataire pour mettre fin amiablement au bail (Ch. LEURQUIN, *Code de la saisie-arrêt, op. cit.*, pp. 320 et 321, n° 321) ; par ailleurs, elle n'empêche pas la vente par le débiteur saisi de l'immeuble loué (E. DIRIX et K. BROECKX, *Beslag, op. cit.*, pp. 412 et 413, n° 708, qui relèvent que le droit néerlandais en décide autrement).

(489) Tout comme la créance cédée, la créance saisie est « marquée du sceau de la synallagmaticité » (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., sp. p. 130).

(490) Sur l'impact de la survenance d'une faillite ou d'un autre type de procédure collective sur le sort de la distribution par contribution, voy. E. DIRIX, « Grensconflicten tussen beslag en faillissement », note sous Gand (23^e ch.), 29 mai 2002, *R. W.*, 2004-2005, pp. 1264 et s.

(491) Cass. (1^{re} ch.), 24 sept. 2004, *R. W.*, 2005-2006, pp. 542 et s. avec note S. BRIJS ; cet enseignement est intimement lié à la concrétisation du caractère collectif de la saisie-arrêt, consacré par un arrêt de la Cour de cassation du 11 avril 1997 (voy. *infra*, n° 87).

(492) En 1994, M. de Leval s'était prononcé en défaveur d'un tel recours du tiers saisi pour paiement indu (G. de LEVAL, « Les saisies », in *Chron. dr. not.*, vol. XX, 1994, pp. 65 et s., sp. p. 96, n° 18).

Sous-section 2

La distribution par contribution

77. Principes. Nous venons d'étudier comment la saisie-arrêt, par l'effet d'inopposabilité qu'elle produit, sanctionne la sujétion uniforme des biens incorporels du débiteur à la satisfaction des créanciers. L'invalidation de constructions contractuelles attentatoires à ce principe est souvent justifiée, en jurisprudence, par le principe d'égalité des créanciers. Dans sa thèse dont l'idée centrale est l'étroite parenté qui relie les procédures collectives aux procédures civiles d'exécution, M. Sénéchal évoque en ces termes ce principe : « À l'ouverture d'une procédure collective, un certain nombre de règles nouvelles viennent régir les rapports que le débiteur entretient avec ses créanciers. Parmi elles figure le principe d'égalité des créanciers dont l'objectif est d'assurer un accès égal au gage commun. Le paiement des créances n'est plus le prix de la course. Les créanciers les mieux informés et les plus organisés ne sont plus les seuls à être payés puisque tous ceux qui sont admis au passif participent à la procédure de distribution universelle qui clôture la procédure collective, chacun d'entre eux y étant colloqué à son rang » ⁽⁴⁹³⁾.

À nos yeux, le principe d'égalité ne se borne pas, comme cela fut soutenu, à imposer une répartition au marc le franc du produit de réalisation de biens saisis. C'est l'occasion de revenir sur la controverse à laquelle sa portée concrète a donné lieu et d'en préciser les termes (§ 1^{er}). Ensuite, nous examinerons une importante exception à la répartition proportionnelle imposée par ce principe, soit la compensation nonobstant concours (§ 2).

(493) M. SÉNÉCHAL, *L'effet réel de la procédure collective : essai sur la saisie collective du gage commun des créanciers*, op. cit., p. 436, n° 418 ; sur les origines et la justification du principe d'égalité, voy. L. MATRAY, « Le principe d'égalité des créanciers dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation », in *Les créanciers et le droit de la faillite*, Bruylant, 1983, pp. 15 et s., sp. pp. 15 à 24, n°s 1 à 6 ; l'auteur écrit joliment : « Incertain quant à son origine, battu en brèche par l'État fiscal et social sur des fondements économiques, le principe d'égalité survit finalement par référence à une « certaine idée » du patrimoine et de la personnalité » (*ibid.*, p. 21, n° 4) ; voy. ég. Fr. POLLAUD-DULIAN, « Le principe d'égalité dans les procédures collectives », *J.C.P.*, 1998, I, n° 138, qui clôt ainsi son étude : « L'égalité apparaît tout autant comme un principe de justice et d'équilibre que comme une norme fonctionnelle, destinée à organiser certains aspects de la procédure. L'idée d'équité et la fonction technique, la finalité de justice rétributive et la recherche de l'organisation optimale de la procédure collective sont imbriquées étroitement dans ce principe et ses manifestations. Ainsi, il nous semble, pour adapter une image bien connue, que l'égalité est, à l'égard de la procédure collective et de ses objectifs, un peu comme l'âme du violon. L'âme du violon n'est certes pas tout le violon et elle n'est pas non plus la musique, mais, sans elle, l'un ne joue pas et l'autre ne résonne pas » ; voy. enfin Chr. LEGUE-VAQUES, « L'égalité des créanciers dans les procédures collectives : flux et reflux », *Gaz. Pal.*, 27-29 janv. 2002, pp. 18 et s.

§ I. La portée du principe d'égalité

78. Atteinte aux garanties circonstancielles. Suite à une crise économique endémique, les créanciers confrontés aux défaillances de leurs débiteurs subissent depuis longtemps les conséquences d'une relative inadéquation des sûretés traditionnelles au crédit moderne⁽⁴⁹⁴⁾. Organismes de crédit ou non, ils ont dès lors multiplié le recours à des techniques, fondées sur le droit des obligations, à effet de garantie⁽⁴⁹⁵⁾. Un important courant doctrinal, dont les plus brillants défenseurs sont M. Van Ommeslaghe et Mme Grégoire⁽⁴⁹⁶⁾, plaide en faveur de l'efficacité de ces mécanismes en cas de concours. Les principes de l'autonomie des volontés et de l'opposabilité des conventions aux tiers, ainsi qu'une restriction de la portée du principe d'égalité, justifient à leurs yeux qu'il en soit ainsi.

D'autres auteurs maintiennent par contre leur attachement au principe d'égalité des créanciers et à son corollaire, l'absence de privilège

(494) « L'ingéniosité des opérateurs... vise à pallier une certaine lenteur, sinon une stagnation du droit des sûretés caractérisée par la lourdeur des formalités, la complexité des conditions d'application et le caractère limité des hypothèses que le législateur prend en considération et organise. S'y ajoute l'internationalisation de la vie économique qui contraste avec le caractère très « local » du droit des sûretés... » (P. VAN OMMESLAGHE, « Les sûretés nouvelles issues de la pratique — Développements récents », in *Le droit des sûretés*, Jeune Barreau de Bruxelles, 1992, pp. 377 et s., sp. p. 378, n° 2) ; par ailleurs, spécialement en France, les réformes successives des procédures collectives ont considérablement altéré l'efficacité des sûretés traditionnelles (Fr. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, op. cit., p. 162, n° 304) ; étant donné l'impact plus limité en droit belge des atteintes des procédures de redressement et de liquidation sur le droit des sûretés, l'auteur estime que l'évolution de la sûreté vers la propriété restera plus discrète en Belgique.

(495) Les mécanismes préférentiels issus du droit des obligations constituent un ensemble hétéroclite dont l'efficacité de certains de ses composants nonobstant concours ne peut être niée ; pour un inventaire, voy. M. GRÉGOIRE, « Le présent et l'avenir des sûretés réelles mobilières et des sûretés personnelles », in *Rapports belges au congrès de l'Académie internationale de droit comparé à Brisbane*, Bruylant, 2002, pp. 177 et s., sp. p. 179 et 180 : « On trouve, parmi les mécanismes préférentiels de garantie, par exemple, la compensation, avec toutes les utilisations dérivées, tel le système de 'l'escrow-account', l'exception d'inexécution, le droit de rétention, la clause pénale, les obligations personnelles résultant d'une convention de fiducie-sûreté, la clause résolutoire, les engagements de ne pas faire, les lettres de confort énonciatives, les engagements de ne pas constituer de sûreté ou d'aliéner, le mandat irrévocable d'hypothéquer, le versement d'une somme d'argent à titre de garantie, la convention de défaisance, et toute autre convention, issue de l'autonomie de la volonté des parties contractantes, tendant à atteindre l'un des objectifs poursuivis par le concept de garantie ».

(496) P. VAN OMMESLAGHE, « Les grandes tendances de l'évolution du droit des obligations conventionnelles lors des trente-cinq dernières années », *T.P.R.*, 2001, pp. 357 et s., sp. pp. 360 à 363, n° 6 et, du même auteur, « Les sûretés nouvelles issues de la pratique — Développements récents », in *Le droit des sûretés*, Jeune Barreau de Bruxelles, 1992, pp. 377 et s., sp. pp. 94 à 102, n°s 14 à 16 ; adde X. DIEUX et P.-A. FORIERS, « Pierre Van Ommeslaghe — Apports et méthodes », in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruylant, 2000, pp. xxv et s., sp. p. xxvii ; M. GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, op. cit., p. 27, n° 39, p. 39, n°s 64 à 67, p. 429, n° 591 ; du même auteur : obs. sous Bruxelles (4^e ch.), 18 déc. 1991, *J.T.*, 1992, pp. 602 et s., et « Le présent et l'avenir des sûretés réelles mobilières et des sûretés personnelles », op. cit., p. 219, n° 46, qui pose la question fondamentale : « Le droit des sûretés peut-il ramener en son sein toute convention inspirée, exclusivement ou partiellement, par l'intention de garantir un créancier ? Ou, au contraire, existe-t-il, à côté de la liste des sûretés réglementées, un espace d'autonomie des volontés où peuvent se construire des garanties innommées ? »

sans texte. Le juriste se trouve partagé entre deux conceptions du principe d'égalité, que M. Gérard et Mme Windey ont parfaitement résumées : « Y voit-il seulement une règle technique, certes importante, de répartition du prix d'actifs liquidés entre des créanciers que rien ne départage ? Ou bien croit-il que le principe d'égalité est plus et mieux qu'une règle technique, "une règle fondamentale (...) de toute procédure de liquidation collective" ou une règle essentielle "à l'ordre économique et social établi en Belgique" ou encore un principe qui déroge "nécessairement aux articles 1165, 1134 et 1135 du Code civil" et qui, dès lors, "tient à la philosophie même de notre ordre juridique" »⁽⁴⁹⁷⁾.

Le second courant de pensée, principalement représenté par MM. et Mmes de Leval, Moreau-Margrève, Biquet-Mathieu, Delpérée et Siaens⁽⁴⁹⁸⁾, nous paraît imprégner tant la jurisprudence de la Cour de cassation que celle de nombreuses juridictions de fond. Ainsi, un arrêt du 17 octobre 1996 de la Cour de cassation reconnaît que le droit de gage général des créanciers et le principe d'égalité de ces derniers dérogent au principe de l'opposabilité des conventions aux tiers⁽⁴⁹⁹⁾. Son importance ne peut être sous-estimée, nonobstant les regrets qu'il a pu susciter en raison de certaines ambiguïtés⁽⁵⁰⁰⁾. M. Ledoux estime que par cet arrêt, la

(497) Ph. GÉRARD et J. WINDEY, « Action directe des sous-traitants, faillite et concordat judiciaire : à contre-courant », *op. cit.*, pp. 392 et 393, n° 10 ; comp. N. THIRION, « La théorie de l'égalité des créanciers en concours d'une personne morale en liquidation : nouveaux enseignements de la Cour de cassation », *op. cit.*, pp. 171 et s., qui soutient que les deux théories ne sont pas inconciliables ; Mme Biquet-Mathieu a fait un sort à cette tentative de conciliation (Chr. BIQUET-MATHIEU, « Les sûretés », in *Chron. dr. not.*, vol. XXXVI, Larcier, 2002, pp. 35 et 36).

(498) G. de LEVAL, « Opposabilité d'une convention tenant lieu de cantonnement sur exécution provisoire », note sous Mons (1^{re} ch.), 20 juin 1989, *Ann. dr. Liège*, 1990, pp. 65 et s. ; I. MOREAU-MARGRÈVE, « Rapport belge », in *Les garanties de financement*, Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, L.G.D.J., t. XLVII, 1996, pp. 73 et s., sp. pp. 83 à 85 ; Chr. BIQUET-MATHIEU, « Les sûretés », in *Chron. dr. not.*, vol. XXXVI, Larcier, 2002, pp. 39 et 40 ; F. DELPÉRÉE et J. SIAENS, « L'égalité à la rencontre du droit constitutionnel et du droit commercial », in *Faillite et concordat judiciaire : un droit aux contours incertains et aux interférences multiples*, Academia-Bruylant, 2002, pp. 299 et s., sp. p. 304.

(499) Cass. (1^{re} ch.), 17 oct. 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 992, avec concl. J.-M. PIRET, *J.L.M.B.*, 1997, p. 520, *Rev. Banque*, 1997, p. 114, avec note I. PEETERS, « Cessie als (on)zekerheid ? », *Rev. prat. soc.*, 1997, p. 145 avec note de T. BOSLY, « La naissance du concours en cas de dissolution d'une A.S.B.L. — La portée du principe de légalité des sûretés réelles », *R.W.*, 1996-1997, p. 1395 avec note M.-E. STORME, « Zekerheidsoverdracht, numerus clausus van zakelijke rechten, en andere zekerheidsmechanismen na het cassatie-arrest 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. ; il est également évoqué par N. THIRION, « La théorie de l'égalité des créanciers en concours d'une personne morale en liquidation : nouveaux enseignements de la Cour de cassation », *op. cit.*, pp. 179 à 181, n° 9.

(500) Tant Mme Grégoire que M. T'Kint minimisent la portée de l'arrêt, particulièrement en ce qu'il ne condamnerait pas textuellement les cessions de créance à titre de garantie (Fr. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, *op. cit.*, pp. 160 et 161, n° 302, qui conteste que la Cour ait condamné par cet arrêt l'opposabilité en cas de concours de la cession de créance à titre de garantie : « la Cour de cassation relève que l'arrêt ne qualifie pas la convention litigieuse de cession de créance ». Aucun enseignement ne peut donc, paraît-il, être déduit de la décision » ; M. GRÉGOIRE, « Le présent et l'avenir des sûretés réelles mobilières et des sûretés personnelles », *op. cit.*,

Cour de cassation « érige le principe d'égalité en un principe fondamental, lui reconnaissant le caractère d'ordre public »⁽⁵⁰¹⁾. Sans pour autant approuver cette qualification, qui est plus que sujette à caution⁽⁵⁰²⁾, entre autres en raison du fait que nul ne semble interdire au créancier de renoncer à son droit à un traitement égalitaire⁽⁵⁰³⁾, il nous paraît néanmoins certain que l'autonomie de la volonté et la liberté contractuelle, qui fondent l'utilisation du droit des obligations dans une perspective de garantie, trouvent là une limite au déploiement de leur efficacité vis-à-vis des tiers⁽⁵⁰⁴⁾.

p. 207, n° 45) ; M. Colle estime, quant à lui, que l'arrêt du 17 octobre 1996 a « condamné sans ambiguïté la cession à titre de garantie », mais au prix d'une ignorance des « considérations de droit des obligations fondé sur l'utilisation des techniques contractuelles à la propriété » (Ph. COLLE, « Rapport de synthèse », in *La prévention de la défaillance de paiement*, Actes du 2^e congrès Sanguinetti 1998, Larcier, 2000, pp. 319 et s., sp. p. 330, n° 20) ; quoi qu'il en soit, il est cependant impossible, à nos yeux, de nier le caractère fondamental de certains attendus quant à la portée du principe d'égalité (*contra* : Ch.-Gh. WINANDY, « La mise en gage de comptes bancaires, de comptes titres et de titres dématérialisés », *op. cit.*, p. 160, n° 47, qui estime que l'arrêt du 17 octobre 1996 commande une lecture « assez anodine »...) ; en ce qui concerne la cession de créance à titre fiduciaire, si nous concédons sans aucun doute l'ambiguïté de l'arrêt à cet égard, on notera, avec Mme Biquet-Mathieu, qu'il est assez troublant que le sommaire publié à la *Pasicrisie* y fasse une nette allusion (Chr. BIQUET-MATHIEU, « Les sûretés », in *Chron. dr. not.*, vol. XXXI, Larcier, 2000, pp. 275 et s., sp. p. 304).

(500) J.-L. LEDOUX, *Les sûretés réelles — Chronique de jurisprudence 1994-2002*, Larcier, Dossiers du Journal des tribunaux, n° 43, 2003, p. 14, n° 1 ; en ce sens ég. Fr. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, 3^e éd., Larcier, 2000, p. 87, n° 157 et G. DE FOESTRAETS, « Saisie-arrêt et cession de créance : un difficile équilibre », *op. cit.*, p. 159, n° 1 ; *adde* Fr. T'KINT et W. DERIJCKE, « La faillite », *Rép. not.*, t. XII, l. VIII, Larcier, 2004, p. 195, n° 163 : « La faillite est la forme la plus élaborée de concours des créanciers. Le respect de l'égalité entre ceux-ci, sous réserve des causes légales de préférence, est inhérent à tout concours, et cette égalité relève de l'ordre public international belge ».

(501) Il existe en effet une controverse quant à la question de savoir si le principe d'égalité des créanciers participe de l'ordre public ; selon De Page, « le débiteur ne pourrait pas, en convenant avec l'un de ses créanciers, enlever aux autres les droits qu'ils tiennent de la loi » (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VI, 1953, pp. 682 et 687, nos 749 et 752 ; D. DEVOS, « Propos sur la répression de la fraude en droit privé », note sous Bruxelles (2^e ch.), 8 juin 1984 et 8 sept. 1984, *R.D.C.*, 1985, pp. 283 et s., sp. pp. 289 et 290, n° 10) ; *adde* Chr. BIQUET-MATHIEU, « Les sûretés », in *Chron. dr. not.*, vol. XXXVI, Larcier, 2002, pp. 5 et s., sp. p. 40, n° 2 : « Le principe d'égalité des créanciers implique cela et seulement cela à notre sens qu'il n'est pas permis à des créanciers d'imposer en cas de concours à l'un des leurs sans son consentement le respect d'un droit de préférence non reconnu par le législateur sur des biens du débiteur » ; il n'est en effet pas douteux qu'un créancier peut renoncer à se prévaloir de son droit à l'égalité de traitement (D. DEVOS, « Propos sur la répression de la fraude en droit privé », *ibid.*) ; dans un arrêt du 9 mars 2000, la Cour de cassation a décidé que le principe d'égalité était une norme impérative (Cass., 1^{re} ch., 9 mars 2000, *Pas.*, 2000, I, p. 537, *R.W.*, 2000-2001, p. 480, avec note A. DE WILDE).

(502) Sur les clauses en vertu desquelles « un créancier s'engage à limiter son droit d'exécution sur certains biens de son débiteur », voy. G. JAKHIAN, « Les clauses de non-recours ou dites « non-recours » en droit bancaire et civil », *R.D.C.*, 1997, pp. 339 et s. ; sur le mécanisme des sûretés négatives en général, voy. A. VERBEKE et I. PEETERS, « Negatieve zekerheden », *D.A.O.R.*, 1996, n° 39, pp. 39 et s.

(503) Comp. C. JAMIN, « Brèves réflexions sur un mécanisme correcteur : l'action directe en droit français », *op. cit.*, sp. pp. 295 et 296, n° 48 ; prônant la reconnaissance extra-légale de l'action directe, l'auteur écrit : « Les auteurs du XIX^e siècle avaient su, en usant subtilement de toutes les ressources de la technique juridique, favoriser l'admission d'une exception aux principes de relativité des conventions et d'égalité des créanciers tout en défendant fermement ces principes, sans que leur position leur apparut comme étant contradictoire. Peut-être est-ce parce qu'ils savaient mieux que leurs successeurs user de l'ancienne méthode dialectique qui permet de créer, non pas des exceptions aux principes généraux, mais d'autres principes qui les complètent (ou les corrigent) sans vraiment les contredire ».

79. Réplique à la position défendue par MM. Zenner et Peeters. Dans une étude récente, MM. Zenner et Peeters, abondant dans le sens du premier courant cité, plaident en faveur de la réduction de la portée du principe d'égalité. À leurs yeux, certaines considérations fondamentales ont jusqu'ici été insuffisamment maîtrisées. Le débat serait jalonné, selon ces mêmes auteurs, d'*a priori* et d'assimilations hâtives⁽⁵⁰⁵⁾. Pour notre part, nous maintenons que les principes d'égalité et d'opposabilité ne peuvent trouver un équilibre harmonieux qu'à l'issue d'une dialectique complexe. À cet égard, nombreux sont les développements des auteurs précités qui nous semblent susceptibles de réplique. Examinons-les.

80. Le principe d'opposabilité et la connexité — Renvois. L'opposabilité de principe des droits est insuffisante en elle-même à permettre à un créancier de se créer une situation préférentielle. Ainsi que nous l'avons vu, ce principe n'est en effet pas absolu ; il est pondéré par d'autres fondements de notre droit. Limiter les cas d'inopposabilité à ceux expressément prévus par des dispositions particulières, telles celles qui régissent les actes posés durant la période suspecte, nous paraît réducteur, comme nous l'avons signalé dans nos précédents développements⁽⁵⁰⁶⁾.

La connexité, quant à elle, que nous examinerons dans les lignes qui suivent, sert incontestablement les mécanismes permettant d'échapper au concours. Elle doit être admise comme régulateur équitable, comme le prônent de nombreux auteurs, tant belges que français, mais certainement pas de façon latitudinaire qui l'érigerait en exception généralisée. On a en effet vu que l'affectation d'un bien à tel ou tel objectif n'est pas suffisante pour s'imposer aux tiers⁽⁵⁰⁷⁾. Anticipons par ailleurs en signalant d'ores et déjà que l'article 1298 du Code civil reste de droit positif, bien que son champ d'application paraisse désormais réduit comme une peau de chagrin⁽⁵⁰⁸⁾.

81. Les paiements ou arrangements hors cas de concours. Le fait qu'antérieurement au concours, le créancier paie qui il veut et, partant,

(505) A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours », *op. cit.*, p. 866, n° 3.

(506) Voy. *supra*, n° 58 ; à ce propos, la référence à un arrêt de la Cour de cassation du 11 octobre 1985 (Cass. (1^{re} ch.), 11 oct. 1985, *Pas.*, 1986, I, p. 150) ne nous paraît pas déterminante ; dans cette affaire, la Cour a cassé un arrêt de la cour d'appel d'Anvers qui s'était contenté, pour justifier de l'application de l'article 445, alinéa 3, de la loi du 18 avril 1851 sur les faillites, d'évoquer une violation du principe d'égalité sans relever que toutes les conditions d'application de cette disposition étaient réunies ; selon nous, la réglementation de la période suspecte consacre le principe d'égalité de manière drastique puisqu'elle va remettre purement et simplement en cause les effets d'actes juridiques intervenus avant la naissance du concours ; il est dès lors normal que des conditions strictes entourent l'application de normes remettant sérieusement en cause la sécurité juridique ; cela n'empêche pas la survenance du concours de priver désormais d'effet, dans le futur, les actes intervenus antérieurement.

(507) Voy. *supra*, n° 70.

(508) Voy. *infra*, n° 97 et s.

peut avantager tel ou tel créancier⁽⁵⁰⁹⁾, ne préjuge pas des règles qui régissent les effets de la survenance d'un tel concours. Jamais la doctrine attachée au principe d'égalité n'a envisagé son application en dehors des hypothèses de concours. Par ailleurs, nous ne pouvons suivre ces auteurs lorsqu'ils écrivent que « le créancier le plus diligent peut bénéficier paisiblement du paiement obtenu, même lorsque celui-ci résulte d'une réalisation forcée »⁽⁵¹⁰⁾. Le propos nous paraît simpliste en ce qu'il fait peu de cas de la vocation collective des procédures d'exécution individuelles, encore confirmée par la loi du 29 mai 2000⁽⁵¹¹⁾.

Dans la même veine, MM. Zenner et Peeters s'étendent sur le sort des stipulations *pari passu* et de partage proportionnel que connaît la pratique financière internationale⁽⁵¹²⁾. Ils défendent l'opinion selon laquelle une vision égalitariste conduirait à des solutions déraisonnables. Nous ne retirons de ces développements aucun argument en défaveur du principe d'égalité ; les décisions citées — et les commentaires qu'ils suscitent de la part des auteurs — ne s'inscrivent en effet dans aucune situation de concours. Il est, dès lors, parfaitement irrelevante pour notre propos de se prévaloir de l'aberration, que nous concédons volontiers, des situations qu'ils décrivent en l'absence de tout concours procédant d'une quelconque procédure collective ou individuelle mettant en cause le débiteur.

82. D'une fiction certainement critiquable à la réalité des textes. La théorie de l'apparence, en ce qu'elle aurait justifié l'assiette exceptionnelle du privilège du bailleur ou l'inopposabilité, jusqu'en 1998, de la réserve de propriété, fait à son tour l'objet de critiques de la part de ces auteurs⁽⁵¹³⁾. Nous ne disconvenons aucunement qu'il est invraisemblable de nos jours de présumer de bonne foi que tout bien garnissant les lieux d'un débiteur appartient forcément à ce dernier. Mais, à nouveau, deux textes légaux justifiaient nettement — et justifient encore, pour ce qui concerne le privilège du bailleur —, les solutions critiquées par ces auteurs. Pour ne parler que de la réserve de propriété, à partir du moment où l'action en résolution était déclarée inefficace dès la naissance du concours par l'article 20, 5°, de la loi hypothécaire, l'extension de cet ostracisme s'imposait. Le concéder n'est pas adopter une vision rétrograde du droit du crédit et de la richesse patrimoniale au 21^e siècle.

(509) A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours », *op. cit.*, p. 870, n° 14.

(510) A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours », *op. cit.*, p. 871, n° 14.

(511) Voy. *supra*, n° 2.

(512) A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours », *op. cit.*, p. 871, n° 15.

(513) A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours », *op. cit.*, p. 872, n° 17.

Que nous sachions, il n'a jamais été refusé — et c'est évidemment heureux — au propriétaire d'un bien déposé ou donné en location dans les bâtiments d'une entreprise faillie de le récupérer ⁽⁵¹⁴⁾.

83. La jurisprudence de la Cour de cassation. Selon MM. Zenner et Peeters, la jurisprudence récente de la Cour de cassation s'orienterait nettement en faveur de leur thèse. La critique de l'arrêt du 17 octobre 1996 ne nous retiendra pas longtemps, étant donné que nous avons déjà évoqué cette décision et les incertitudes qu'elle a provoquées. Nous ne pouvons cependant la qualifier d'« anodine », comme le font ces auteurs, au regard de l'importance de la réponse donnée par la Cour à la seconde branche du moyen qui consacre le principe d'égalité en tant que dérogation aux articles 1165, 1134 et 1135 du Code civil. Au demeurant, dans la jurisprudence de la Cour de cassation, il n'y a guère que l'arrêt *Socol* du 28 février 1985 qui alimente l'argumentation de MM. Zenner et Peeters. Or nous verrons que cet arrêt a donné lieu à diverses interprétations, dont certaines divergent de celle qui est émise par ces auteurs ⁽⁵¹⁵⁾. Les nombreuses décisions de la Cour dans lesquelles celle-ci s'est montrée soucieuse du principe d'égalité ne sont pas mentionnées ou sont jugées obscures ou d'espèce ⁽⁵¹⁶⁾.

Nous estimons au contraire que le principe d'égalité continue à nourrir les décisions de la Cour de cassation. Nous avons déjà évoqué les trois arrêts limitant l'efficacité de l'action directe consacrée par l'article 1798 du Code civil ⁽⁵¹⁷⁾. Nous analyserons ici deux autres illustrations, relatives, d'une part, à la question de la poursuite des contrats en cours en matière de faillite et, d'autre part, au statut des intérêts encourus à partir de l'ordonnance autorisant un règlement collectif de dettes.

84. Poursuite des contrats en cours. Aux termes de l'article 46 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, les curateurs décident dès leur entrée en fonction s'ils poursuivent l'exécution des contrats conclus avant la date du jugement déclaratif de la faillite et auxquels ce jugement ne met pas fin. La partie qui a contracté avec le failli peut mettre les curateurs en demeure de prendre cette décision dans les quinze jours. Si aucune prorogation de délai n'est convenue ou si les curateurs ne prennent pas de décision, le contrat est présumé être résilié par les curateurs dès l'expira-

(514) Si on déplore à juste titre l'opacité des actifs servant de gage aux créanciers, il serait également judicieux de consacrer quelque réflexion au phénomène de l'opacité du processus de l'endettement (A. REYGROBELLET, « Essai sur le concept juridique d'endettement des entreprises », *op. cit.*, p. 322 à 330).

(515) Voy. *infra*, n° 92.

(516) Ainsi, l'arrêt du 26 juin 2003 « serait d'espèce » (A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours », *op. cit.*, p. 869, n° 13, note n° 59) ; on constate cependant qu'il est relaté dans le *Rapport annuel de la Cour de cassation de Belgique*, 2002-2003, pp. 359 à 360 ; sur cet arrêt, voy. *infra*, n° 95.

(517) Voy. *supra*, n° 68.

tion de ce délai ; la créance de dommages et intérêts éventuellement dus au cocontractant du fait de l'inexécution entre dans la masse. Lorsque les curateurs décident d'exécuter le contrat, le cocontractant a droit, à charge de la masse, à l'exécution de cet engagement dans la mesure où celui-ci a trait à des prestations effectuées après la faillite.

Cette disposition constitue une atteinte frontale à un principe fondamental de notre droit, très souvent invoqué par les partisans d'une égalité très édulcorée des créanciers, à savoir la force obligatoire des conventions. Dans leur étude précitée, MM. Zenner et Peeters font une brève allusion à cette disposition en décrivant le « principe que le jugement déclaratif n'emporte pas la dissolution des conventions conclues par le failli, avec ce corollaire que, s'il ne décide pas de ne pas exécuter une convention, le curateur 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 opposées au failli lui-même »⁽⁵¹⁸⁾. Nous le concédons bien volontiers, mais il nous paraît essentiel, pour notre part, d'insister sur le véritable principe édicté par l'article précité, à savoir le droit du curateur de mettre fin aux contrats en cours lorsque l'intérêt de la masse l'impose. Nous avons déjà relaté l'important enseignement de l'arrêt de la Cour d'arbitrage du 10 décembre 2003⁽⁵¹⁹⁾. Un arrêt de la Cour de cassation du 24 juin 2004 est venu s'ajouter à la décision de la Cour constitutionnelle dans un sens également favorable au principe d'égalité des créanciers⁽⁵²⁰⁾.

À l'instar des faits révélés par l'arrêt de la Cour d'arbitrage, le preneur d'un bail commercial était aux prises avec le curateur du propriétaire failli de l'immeuble qu'il occupait⁽⁵²¹⁾. Il n'est nul besoin d'insister sur l'importance de l'enjeu financier pour ce locataire⁽⁵²²⁾.

(518) A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours », *op. cit.*, pp. 882 et 883, n° 22.

(519) Voy. *supra*, n° 59.

(520) Cass. (1^{re} ch.), 24 juin 2004, *R.D.C.*, 2005, pp. 241 et s., avec note A. ZENNER et C. ALTER, « Faillite et contrats en cours : faculté de ne pas poursuivre l'exécution ou droit de résiliation dans le chef du curateur ? » et avec note Chr. VAN BUGGENHOUT et I. VAN de MIEROP, « Wat baten kaars en bril, als den uil niet zien wil ».

(521) Spécifique à l'espèce soumise à la Cour de cassation était le fait que la société commerciale en faillite cumulait les qualités de propriétaire de l'immeuble et de sous-locataire d'une brasserie, laquelle était le locataire principal qui s'opposait à la fin du bail commercial.

(522) L'enjeu financier pour le locataire explique peut-être les propos assez embarrassés, nous semble-t-il, de MM. T'Kint et Derijcke : « On comprendra aisément qu'en cas de faillite d'un locataire, le curateur puisse ne pas poursuivre l'exécution d'un bail commercial. Mais l'inverse n'est-il pas curieux : le curateur d'un bailleur failli peut-il réellement dénoncer le bail, sans avoir à se conformer aux dispositions légales relatives aux baux, causant ainsi un préjudice sans aucun doute brutal et peut-être même fatal au commerce du preneur ? » ; si les conséquences pratiques sont naturellement aisées à cerner, nous ne comprenons pas bien ce qui, en pur droit, justifierait un *distinguo* selon que le failli est le locataire ou le bailleur ; relevons que MM. T'Kint et Derijcke estiment la position exprimée par la Cour de cassation dans son arrêt du 24 juin 2004 « plus réservée », puisque la possibilité pour le curateur de mettre fin à une convention est tributaire de ce qu'elle soit nécessaire pour l'administration de la masse en bon père de famille (Fr. T'KINT et W. DERIJCKE, *La faillite*, *op. cit.*, p. 230, n° 224).

Aux termes de la décision *a quo* de la cour d'appel de Bruxelles, la transcription dans les registres du conservateur des hypothèques du contrat de bail reçu par acte notarié avait pour effet de rendre opposable au curateur l'existence du bail commercial et sa durée ; l'article 46 de la loi sur les faillites n'autorisait pas le curateur à résilier ce contrat de bail avant la date d'échéance ⁽⁵²³⁾.

Cette position fut contredite par la Cour de cassation qui estima en substance que s'il n'appartient pas en principe au curateur de mettre fin à une convention opposable conclue par le failli lorsque la poursuite de la convention n'entrave pas la liquidation normale de la masse, le curateur y est toutefois autorisé lorsque pareille attitude est nécessaire pour l'administration de la masse en bon père de famille, sans préjudice des droits qui en résultent pour le cocontractant du failli du fait de l'inexécution de la convention. En se bornant à décider que rien ne faisait obstacle à ce que le curateur réalise un immeuble donné à bail par le failli sans rechercher *in concreto* quelles seraient les conséquences pour la liquidation de la faillite, la cour d'appel n'avait pas justifié légalement sa décision ⁽⁵²⁴⁾.

Dans leur note sous cet arrêt de la Cour de cassation, MM. Zenner et Alter argumentent que le pouvoir du curateur était traditionnellement confiné au droit de ne pas exécuter le contrat, sans qu'il dispose de la faculté de résilier le contrat et, partant, de priver le cocontractant du failli du droit d'exécuter le contrat ⁽⁵²⁵⁾. Rejoignant MM. Dirix et Van

(523) Bruxelles (8^e ch.), 26 févr. 2002, R.W., 2003-2004, p. 388.

(524) Selon les termes précis de cet arrêt prononcé par la section néerlandophone de la première chambre de la Cour, « overwegende...dat, krachtens artikel 46 van de Faillissementswet van 8 augustus 1997, de curators vanaf hun ambtsaanvaarding onverwijld beslissen of zij de overeenkomsten die gesloten zijn voor de datum van het vonnis van faillietverklaring en waaraan door dat vonnis geen einde wordt gemaakt, al dan niet verder uitvoeren ; dat de bevoegdheid die de curator ontleent aan artikel 46 en die alle tegenwerpelijke overeenkomsten gesloten door de failliet aangaat, beperkt blijft tot hetgeen vereist wordt door het goede beheer van de boedel en de vrijwaring van het beginsel van de gelijkheid van de schuldeisers ; dat het niet aan de curator staat een einde te stellen aan een tegenwerpelijke overeenkomst door de failliet gesloten wanneer de voortzetting van de overeenkomst de normale vereffening van de boedel niet belet ; dat de curator wel een einde kan stellen aan een overeenkomst die de gefailleerde bindt, indien de beëindiging van de overeenkomst noodzakelijk is voor het beheer van de boedel als een goede huisvader, onverminderd de rechten die dan voortvloeien voor de medecontractant van de failliet wegens de nietuitvoering van de overeenkomst ; overwegende dat de appelrechters oordelen dat de curator « tevergeefs inroept dat het verder zetten van het contract ernstig nadeel zou berokkenen aan de massa van de schuldeisers in de mate het haar zou beletten het handelsfonds en het pand te realiseren, en zelfs kosten zou kunnen veroorzaken in het raam van het uitvoeren van haar verhuurdersverplichtingen en dit ten nadele van de (boedel) : vooreerst is dit niet relevant » ; dat zij vervolgens oordelen zonder in concreto na te gaan welke de gevolgen waren voor de vereffening van het faillissement, « dat niets eraan in de weg staat dat (de curator) het pand zou realiseren ondanks het bestaan van de door (de brouwerij) ingeroepen overeenkomst van handelshuur » ; dat zij zodoende hun beslissing niet naar recht verantwoorden ; dat het onderdeel gegrond is ».

(525) Voy. néanmoins L. HERVE, « Aperçu général du sort des contrats en cours dans le cadre des nouvelles lois sur les faillites et sur le concordat judiciaire », in *La faillite et le concordat en droit positif belge après la réforme de 1997*, Collection scientifique de la Faculté de droit de Liège, 1998, pp. 479 et s., sp. p. 497, n° 25, où l'auteur envisage, sous l'empire du droit antérieur à 1998, l'hypothèse où « le curateur opte pour la résiliation du contrat » (nous soulignons).

Gerven ⁽⁵²⁶⁾, ces auteurs estiment que la décision, implicite ou explicite, du curateur n'a pour conséquence qu'une communication officielle de ce que le contrat ne sera pas exécuté : « Si le curateur ne prend pas position dans le délai qui lui est imparti, le contrat est 'présupposé être résilié', par le curateur, ce qui signifie que le contrat subsiste (en théorie) mais que l'inexécution du failli est constatée de plein droit, de telle sorte que le cocontractant ne reste pas dans l'expectative et peut faire valoir ses prétentions en tant que créancier du failli » ⁽⁵²⁷⁾.

Appliquée au cas de la faillite du propriétaire d'un immeuble donné à bail, cette conception aboutit à considérer que « si le locataire ne peut contraindre directement le curateur de son bailleur failli à garantir sa jouissance, rien ne l'empêche de rester dans les lieux après la faillite de ce bailleur, sans que le curateur ne puisse l'en expulser » ⁽⁵²⁸⁾. On peut, dès lors, s'interroger sur l'effectivité du pouvoir du curateur.

MM. Zenner et Alter déplorent que dans les deux affaires ayant conduit aux arrêts des hautes juridictions, la question des effets concrets de l'application de l'article 46 de la loi sur les faillites n'ait pas été clairement posée ⁽⁵²⁹⁾. Néanmoins, la réponse donnée par la Cour d'arbitrage ne nous paraît pas enfermée dans l'interprétation, erronée ou non, qu'en a faite le tribunal de commerce de Bruxelles. Selon les termes clairs de la Cour d'arbitrage en effet, « si les curateurs étaient obligés en toutes circonstances de poursuivre les contrats de bail commercial, les autres créanciers de la faillite pourraient être préjudiciés en ce que la réalisation d'un bien immobilier grevé d'un bail commercial en cours peut être préjudiciable pour la masse ».

Quant à l'arrêt de la Cour de cassation, MM. Zenner et Alter s'interrogent sur la question de savoir si la haute juridiction a entendu simplement paraphraser les termes « refus d'exécution » par ceux de « mettre fin au contrat ». Dans une note également publiée à la *Revue de droit de commercial*, MM. Van Buggenhout et Van de Mierop adoptent une position diamétralement opposée ⁽⁵³⁰⁾. Réserveant une grande attention d'une part au fait que la liquidation postule une maximisation du prix de réalisation et d'autre part au principe d'égalité des créanciers,

(526) E. DIRIX, « Faillissement en lopende overeenkomsten », R.W., 2003-2004, pp. 201 et s. ; D. VAN GERVEN, « Overdracht en in pandgeving van bestaande en toekomstige schuldvorderingen », R.W., 2004-2005, pp. 521 et s., sp. p. 529, n° 13.

(527) A. ZENNER et C. ALTER, « Faillite et contrats en cours : faculté de ne pas poursuivre l'exécution ou droit de résiliation dans le chef du curateur ? », *op. cit.*, p. 247, n° 7 ; sur le statut des indemnités déduites de la rupture des relations contractuelles, voy. A. ZENNER et I. VEROUG-STRAETE, « Poursuite des contrats en cours par les curateurs, indemnités de rupture et dettes de masse », R.D.C., 2004, pp. 524 et s.

(528) A. ZENNER et C. ALTER, « Faillite et contrats en cours : faculté de ne pas poursuivre l'exécution ou droit de résiliation dans le chef du curateur ? », *op. cit.*, pp. 247 et 248, n° 8.

(529) A. ZENNER et C. ALTER, « Faillite et contrats en cours : faculté de ne pas poursuivre l'exécution ou droit de résiliation dans le chef du curateur ? », *op. cit.*, pp. 248 à 250, n°s 10 à 12.

(530) Chr. VAN BUGGENHOUT et I. VAN de MIEROP, « Wat baten kaars en bril, als den uil niet zien wil », R.D.C., 2005, pp. 253 et s.

ces auteurs estiment artificielle la distinction opérée par MM. Zenner et Alter entre le refus de poursuite de contrat et la résiliation de ce dernier. Ils contestent également le fait qu'un refus de poursuite conjugué à un maintien de la jouissance en faveur du locataire prévienne la naissance de dettes de masse. Les auteurs approuvent en conclusion que la Cour de cassation ait expressément consacré le droit du curateur de résilier les contrats en cours, lorsque l'intérêt de la masse l'exige ⁽⁵³¹⁾.

Il y incontestablement matière à discussion et nous ne prétendons pas qu'il s'impose de négliger la situation d'un commerçant *in bonis* qui a le malheur d'exercer son activité dans un immeuble faisant partie d'une masse faillie. L'argument le plus convaincant formulé en faveur du maintien de l'efficacité du bail commercial réside dans la référence à l'article 1575 du Code judiciaire, qui détermine, en matière de saisie-exécution immobilière, la mesure de l'opposabilité des baux consentis par le saisi ⁽⁵³²⁾. Pourquoi un curateur devrait-il être plus favorisé qu'un créancier saisissant ?

Qu'il s'agisse de liquidation ou de redressement, il est inéluctable que le contrat soit affranchi, dans une certaine mesure, « de sa soumission à la loi des parties, et en acquérant une dimension nouvelle, une dimension économique » ⁽⁵³³⁾. Un autre auteur renchérit en écrivant que « le droit des procédures collectives tend, quant à lui, à faire passer au second plan [une] analyse civiliste du contrat pour y voir plutôt un acte à valeur patrimoniale, le doter d'un objectif économique dont l'utilité ou l'inutilité pour l'entreprise va déterminer le sort » ⁽⁵³⁴⁾. Il conviendrait qu'à l'instar de la France et d'autres pays ⁽⁵³⁵⁾, l'attention du législateur se fixe sur cette délicate question où le juge n'est, tout bien considéré, qu'à peine mieux soutenu par la loi qu'il y a vingt ans ⁽⁵³⁶⁾. Seraient dès

(531) « De bevoegdheid die door artikel 46 Faill. W. aan de curator is gegeven om eenzijdig de verbintenissen uit een overeenkomst gesloten door de failliete schuldenaar op te zeggen/te verbreken slaat op alle overeenkomsten waarin de gefaillieerde contractpartij is. Van de curator wordt verwacht dat hij zijn (grote) bevoegdheden aanwendt om zijn opdracht zo efficiënt mogelijk uit te voeren. Terecht wordt derhalve door het Hof van Cassatie andermaal de centrale rol van de curator onderlijnd : deze is door zijn wettelijke opdracht belast met het beheer en de verzilvering van de vermogensrechten van de gefaillieerde schuldenaar, enerzijds, en anderzijds handelt hij daarbij steeds in het belang van de schuldeisers verenigd in de boedel. Op logische en consistente wijze legt het Hof van Cassatie het verband tussen de uitoefening van het optierecht van artikel 46 Faill.W. en de behartiging van de belangen van de boedel » (Chr. VAN BUGGENHOUT et I. VAN de MIEROP, « Wat baten kaars en bril, als den uil niet zien wil », *op. cit.*, p. 256, n° 7).

(532) E. DIRIX, « Faillissement en lopende overeenkomsten », *op. cit.*, p. 209, n° 23.

(533) E. JOUFFIN, *Le sort des contrats en cours dans les entreprises soumises à une procédure collective*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 307, 1998, p. 69.

(534) E. CHVIKA, *Droit privé et procédures collectives*, *op. cit.*, p. 19, n° 12.

(535) E. DIRIX, « Faillissement en lopende overeenkomsten », *op. cit.*, p. 201, n°s 1 et 2.

(536) Remarquons que par une loi du 15 juillet 2005 (M.B., 1^{er} août 2005), l'article 46 de la loi du 8 août 1997 a été complété d'un second alinéa destiné à régir en particulier le sort des contrats de travail en cas de cessation, de poursuite totale ou partielle ou de reprise des activités ; les intérêts des travailleurs méritent certainement protection mais il serait opportun que le législateur s'attache à régler le problème qui nous retient ; sur ce thème, voy. les pénétrantes réflexions de P. MARTENS, « Ordre public et temps de crise », in *Les créanciers et le droit de la faillite*, Bruylant, 1983, pp. 341 et s.

lors arbitrés les conflits entre procédures collectives d'une part, liberté contractuelle, force obligatoire et caractère *intuitu personae* des contrats d'autre part⁽⁵³⁷⁾. Mais quoi qu'il en soit, *de lege lata* ou *de lege ferenda*, l'intérêt des créanciers et le principe d'égalité qui le sert nous paraissent au cœur de cet arrêt du 24 juin 2004 de la Cour de cassation, sans que soient pour autant niées les brumes qui le nimbent⁽⁵³⁸⁾.

85. Sort des intérêts des créances hypothécaires en cas de règlement collectif de dettes. Dans deux arrêts du 23 avril 2004 prononcés dans des espèces similaires⁽⁵³⁹⁾, la Cour de cassation réduit la portée de la cause de préférence dont jouit le créancier hypothécaire confronté au règlement collectif de dettes de son débiteur. Dans les deux hypothèses, la vente du bien hypothéqué était intervenue et l'établissement de crédit souhaitait voir reconnu le caractère privilégié de sa créance d'intérêts encourus postérieurement à la survenance du règlement collectif de dettes. Tant le juge des saisies de Liège que la cour d'appel du même lieu lui avaient refusé cette prétention⁽⁵⁴⁰⁾. La Cour de cassation avalisa la position des juridictions du fond : « Attendu que l'article 1675/7 du Code judiciaire dispose, en son paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, que la décision d'admissibilité a pour conséquence la suspension du cours des intérêts et, en son paragraphe 4, que les effets de la décision d'admissibilité se prolongent jusqu'au rejet, jusqu'au terme ou jusqu'à la révocation du règlement collectif de dettes, sous réserve des stipulations du plan de règlement ; qu'il se déduit de ces dispositions que les intérêts, même ceux qui sont garantis par une hypothèque, sont suspendus de plein droit par le seul effet du jugement d'admissibilité et qu'ils ne peuvent reprendre leur cours, hors les cas limitativement énumérés à l'article 1675/7, § 4, que si le plan de règlement le prévoit [...] Attendu que l'arrêt, qui confirme la décision du juge des saisies que les intérêts échus postérieurement au jugement d'admissibilité sont suspendus et que la demanderesse n'est pas admise à réclamer le paiement de ces inté-

(537) Voy. à ce propos C. BRUNETTI-PONS, « La spécificité du régime des contrats en cours dans les procédures collectives », *Rev. trim. dr. comm.*, 2000, pp. 783 et s. ; sous l'angle du surendettement civil, voy. L. GRYNBAUM, « La mutation du droit des contrats sous l'effet du traitement du surendettement », *Contrats, conc., cons.*, 2002, Chron., n° 16.

(538) Nous faisons allusion ici, en particulier, à la question de savoir si l'indemnité que peut réclamer le preneur évincé se trouve dans la masse ou acquiert le statut de dette de masse, ce qui nous étonnerait vivement ; le dernier rapport de la Cour de cassation nous paraît entretenir l'ambiguïté (*Rapport annuel de la Cour de cassation de Belgique*, 2004, sp. p. 64).

(539) Cass. (1^{re} ch.), 23 avr. 2004, *J.L.M.B.*, 2004, pp. 1046 et s. ; Cass. (1^{re} ch.), 23 avr. 2004, *Annuaire juridique du crédit et du règlement collectif de dettes*, 2003, pp. 298 et s. ; sur ces arrêts, voy. les critiques de M. VAN DEN ABBEELE, « Le sort du créancier hypothécaire dans le cadre du règlement collectif de dettes : une symphonie discordante ? », commentaire sous Bruxelles (9^e ch.), 27 févr. 2003, Anvers (3^e ch. bis), 27 mai 2003 et Civ. Liège (sais.), 28 août 2003, *Annuaire juridique du crédit et du règlement collectif de dettes*, 2003, pp. 391 et s., ainsi que la doctrine qui avait approuvé les décisions au fond confortées par la Cour de cassation, citée dans la note ci-après.

rêts sur les sommes provenant de la réalisation de l'immeuble hypothéqué, fait une exacte application des dispositions légales visées au moyen ».

Nous concédons naturellement qu'il ne s'agit pas, dans ces arrêts, de réduire à proprement parler une dérogation conventionnelle à une répartition proportionnelle du patrimoine de la personne endettée. Il est néanmoins certain que des stipulations librement arrêtées, en principe opposables aux autres créanciers de l'emprunteur, sont paralysées par l'effet du règlement collectif de dettes.

86. Interventions législatives. MM. Zenner et Peeters évoquent ensuite l'évolution législative constatée depuis 1996. Ils reviennent ainsi sur l'efficacité de la réserve de propriété, prévue à l'article 101 de la loi sur la faillite et à laquelle nous avons déjà consacré quelques développements. Quant aux différentes interventions législatives dérogeant au principe d'égalité, MM. Zenner et Peeters notent qu'il s'agit « d'écarter tout doute ». Nous en déduisons qu'à tout le moins doute il y a, ce dont il n'était guère question dans leur propos jusqu'à ce stade de leurs développements⁽⁵⁴¹⁾. On ajoutera d'ailleurs que ces différents textes, aux champs d'application jusque naguère pour la plupart confinés dans des domaines financiers pointus⁽⁵⁴²⁾, démontrent *a contrario* l'existence

(540) Liège (13^e ch.), 15 oct. 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 288, publié également avec la décision confirmée du juge des saisies de Liège du 22 novembre 2001, in *Annuaire juridique du crédit et du règlement collectif de dettes*, 2002, pp. 333 et s., avec commentaire I. MASSIN, « Réalisation d'un immeuble hypothéqué dans le cadre d'un règlement collectif de dettes : du sort des intérêts postérieurs à la décision d'admissibilité » ; cet auteur conclut à la justesse de la solution de la cour d'appel de Liège, tout en soulignant l'erreur de motivation qui l'entache ; en effet, la cour d'appel de Liège, pour asseoir la solution qu'elle consacre, se réfère par analogie à l'article 23 de la loi du 8 août 1997, alors que cette disposition prévoit expressément le contraire ; pour une critique de la solution consacrée par la cour d'appel de Liège, voy. M. MANNES et M. VAN DEN ABEELE, « Règlement collectif de dettes, créance hypothécaire et sort des intérêts », commentaire sous Civ. Huy (sais.), 4 mars 2002 et Civ. Nivelles (sais.), 21 mai 2002, *Annuaire juridique du crédit et du règlement collectif de dettes*, 2002, pp. 373 et s. ; dans leurs développements, ces auteurs prônent le maintien du bénéfice des intérêts en cas de vente de gré à gré autorisée par le juge avant l'élaboration d'un plan et sans que l'immeuble ait été préalablement saisi ; dans leur conclusion, ils étendent cependant ce maintien à toutes les hypothèses où l'assiette de leur sûreté est réalisée ; relevons que ces auteurs ne citent pas les travaux préparatoires de la loi du 5 juillet 1998 qui s'étaient prononcés dans le sens de la solution consacrée par l'arrêt de la cour d'appel de Liège ; *adde* B. DE GROOTE, « Interesten op hypothecaire schuldvoordingen, boedelschulden in leefgeld, voorlopige aanzuiveringsregeling en termijn om een minnelijke aanzuiveringsregeling te bereiken », commentaire sous Civ. Anvers (sais.), 17 juin 2002, *Annuaire juridique du crédit et du règlement collectif de dettes*, 2002, pp. 390 et s., sp. pp. 398 à 403 et Chr. BIQUET-MATHIEU, « Le sort des dettes en principal et intérêts », in *Les procédures de règlement collectif du passif*, Formation permanente C.U.P., vol. XXXV, 1999, pp. 109 et s., sp. pp. 127 à 134, n^{os} 13 à 20.

(541) Ce doute n'a cependant pas tourmenté longtemps les auteurs, puisqu'ils concluent ainsi leur examen de la controverse relative à la cession fiduciaire de propriété : « Après la manifestation claire de la volonté du législateur et les explications des hauts magistrats de la Cour de cassation, le débat devrait aujourd'hui être clos » (*ibid.*, p. 889, n^o 34) ; en conclusion générale, « les choses sont désormais claires » (A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours », *op. cit.*, p. 890, n^o 35).

(542) Voy. *infra*, n^{os} 127 et s.

d'un principe qui, à défaut d'intervention législative dérogatoire, reprendrait son empire.

Enfin, pour en terminer, une remarque d'ensemble retiendra brièvement notre attention. Si le principe d'opposabilité des conventions présente bel et bien l'efficacité défendue par MM. Zenner et Peeters, il ne devrait pas connaître plus d'atténuations en matière de concordat ou de règlement collectif de dettes. Les auteurs ne l'affirment cependant pas, tous leurs développements étant consacrés à la procédure collective de réalisation qu'est la faillite. Si une telle position devait triompher, les objectifs de redressement qui ont présidé à l'élaboration des lois du 17 juillet 1997 et 5 juillet 1998 connaîtraient des revers à ce point sérieux qu'on pourrait douter de leur utilité.

87. Répartition proportionnelle des deniers. Bien entendu, sans préjudice de cette dilatation de son empire, le principe d'égalité des créanciers conserve l'effet minimal où le cantonne la doctrine précitée, lorsqu'il s'agit de répartir les deniers issus de la saisie. C'est la distribution par contribution, régie par les articles 1627 à 1638 du Code judiciaire, qui détermine le processus à l'issue duquel les fonds seront répartis entre les créanciers du saisi⁽⁵⁴³⁾. Comme on l'a justement écrit, « c'est dans les procédures de répartition que se concrétise pleinement le caractère collectif des saisies et que s'actualise le concours assurant le respect de l'égalité des créanciers »⁽⁵⁴⁴⁾. Dans un souci d'améliorer encore l'efficacité du caractère collectif des saisies, la loi du 29 mai 2000 a prévu la centralisation et l'informatisation de la publicité en matière de recouvrement forcé⁽⁵⁴⁵⁾. Cette législation n'est cependant pas encore entrée en vigueur, dans l'attente, entre autres, de la disponibilité de l'infrastructure informatique nécessaire.

Cette répartition égalitaire des deniers appréhendés par saisie-arrêt avait été contestée naguère par une partie de la doctrine⁽⁵⁴⁶⁾.

(543) Sur la distribution par contribution, voy. G. de LEVAL, « La distribution par contribution », in *Rép. not.*, t. XIII, l. IV, titre IV ; J. LINSMEAU, « La distribution par contribution et l'ordre », in *R.P.D.B.*, Compl. VIII, Bruylant, 1995 ; F. GEORGES, « Jurisprudence récente en matière de distribution par contribution », in *Droit de l'exécution — Formation permanente des huissiers de justice*, Story-Scientia, 1995, pp. 217 à 231 ; E. LEROY, « Saisie-arrêt et distribution par contribution », in *Droit de l'exécution*, Formation permanente C.U.P., vol. XVIII, 1997, pp. 109 à 162.

(544) J. van COMPERNOLLE, « Sûretés réelles et voies d'exécution », in *Le droit des sûretés*, Jeune Barreau de Bruxelles, 1992, pp. 355 et s., sp. p. 360, n° 12.

(545) Sur cette loi, voy. E. DIRIX et S. BRIJS, « De centralisatie van de beslagberichten en andere wijzigingen aan het beslagrecht », *R.W.*, 2000-2001, pp. 41 et s. ; V. van den HASELKAMP-HANSENNE, « La loi du 29 mai 2000 portant création d'un fichier central des avis de saisie, de délégation, de cession et de règlement collectif de dettes et modifiant certaines dispositions du Code judiciaire », *J.T.*, 2001, pp. 257 et s. ; S. BRIJS, « Naar een centraal elektronisch bestand van beslagberichten », in *Beslag- en executierecht — Naar een collectief beslagrecht*, Intersentia Rechtswetenschappen, 2001, pp. 1 et s.

(546) Pour un bref résumé des positions respectives avant l'arrêt de cassation du 11 avril 1997, voy. D. DE MAESENEER, « De collectieve dimensie van het beslag onder derden », note sous Anvers (5^e ch.), 14 mars 2000, *R.D.J.P.*, 2003, pp. 273 et s.

L'arrêt du 11 avril 1997 de la Cour de cassation la consacra définitivement⁽⁵⁴⁷⁾. Aussi certains auteurs portèrent-ils leur attention sur les moyens dont dispose un saisissant pour se protéger contre les prétentions des autres créanciers qui entendraient se joindre à la saisie-arrêt. MM. Dirix et Broeckx évoquent ainsi la cession de créance, la délégation, le cantonnement en cas de saisie-exécution et le paiement direct par le tiers au créancier saisissant⁽⁵⁴⁸⁾. En l'absence d'autres créanciers et sauf collusion frauduleuse, pareils comportements nous paraissent devoir être admis⁽⁵⁴⁹⁾, étant donné que rien ne peut empêcher le saisissant d'accorder mainlevée amiable de la poursuite qu'il exerce. Par contre, en cas de manifestation d'un autre créancier, spécialement par voie d'opposition, les articles 1390septies, alinéas 4 et 5, et 1543bis du Code judiciaire s'opposeront, lorsqu'ils seront en vigueur, à une mainlevée qui ne rencontre pas l'aval du second créancier.

§ 2. La compensation nonobstant concours

88. Schéma. En ce qu'elle permet à un créancier de se payer avec ce qu'il doit, la compensation présente, au-delà de son effet d'extinction des obligations, un indéniable effet de garantie pour celui qui peut s'en prévaloir lorsque son débiteur connaît des difficultés financières. Cet effet de garantie a été récemment exhaussé de façon substantielle, sinon révolutionnaire, par la loi du 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières, plus particulièrement en son article 14 (B). Afin de bien cerner les contours de cette réforme, nous examinerons d'abord l'état du droit antérieur à son entrée en vigueur, le 1^{er} février 2005 (A). Eu égard au caractère critiquable, à nos yeux, de cette disposition, nos premiers développements nous paraissent conserver un intérêt non exclusivement

(547) Cass. (1^{re} ch.), 11 avr. 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 453, avec note, R. W., 1997-1998, p. 186, avec note E. DIRIX, « Evenredige verdeling na derdenbeslag », T. Not., 1999, p. 253, avec note F. BOUCKAERT, « De toepassing van de evenredige verdeling bepaald door art. 1627 Ger. W. op uitvoerend beslag onder derden », R.G.D.C., 1997, p. 204 avec note B. MAES, « De collectieve aard van het uitvoerend derdenbeslag op het saldo van een bankrekening en de verplichting tot evenredige verdeling (art. 1627 Ger. W.) », J.L.M.B., 1997, p. 911, avec note F. GEORGES, « Saisie-arrêt et concours des créanciers : fin d'une controverse » ; pour une illustration, voy. Anvers (5^e ch.), 14 mars 2002, R.D.J.P., 2002, p. 324, qui décide à juste titre que tant qu'aucune répartition proportionnelle n'a eu lieu et que l'attribution n'est pas définitive, les autres créanciers peuvent encore opérer une saisie(-arrêt) ou faire opposition et la saisie(-arrêt) n'est pas achevée. Même à défaut de jonction, dans le sens où il n'y a qu'un créancier, le règlement doit avoir lieu, un projet de répartition doit être établi et envoyé et les deniers doivent être répartis entre les créanciers et le débiteur saisi.

(548) E. DIRIX et K. BROECKX, *Beslag*, op. cit., pp. 430 et 431, n° 745 ; adde E. DIRIX, « Een derdenbeslag legt men nooit alleen », in *Liber amicorum F. Bouckaert*, Leuven, 2000, pp. 155 et s., sp. n°s 4 à 8.

(549) MM. Perrot et Théry relèvent qu'une instruction de paiement direct au créancier saisissant donnée par le saisi au tiers saisi a pu voir sa « rectitude juridique » contestée dans le passé mais que le décret du 31 juillet 1992 consacre expressément la légalité du mécanisme (R. PERROT et Ph. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, op. cit., pp. 33 et 382, n°s 28 et 359).

historique. Le lecteur ne perdra cependant pas de vue que la compensation conventionnelle est, *de lege lata* et sous réserve d'une éventuelle invalidation de la réforme par la Cour d'arbitrage⁽⁵⁵⁰⁾, régie par le régime exposé *sub* B.

A. Principes applicables en théorie générale du concours

89. Volonté des auteurs du Code civil. L'interdiction de la compensation après une saisie-arrêt, ou, plus généralement, après la survenance d'un concours, se situe au cœur des effets de celui-ci⁽⁵⁵¹⁾. Nul n'ignore qu'aux termes de l'article 1298 du Code civil, « la compensation n'a pas lieu au préjudice des droits acquis à un tiers. Ainsi celui qui, étant débiteur, est devenu créancier depuis la saisie-arrêt faite par un tiers entre ses mains, ne peut, au préjudice du saisissant, opposer la compensation ». Par ce texte, il s'est agi d'empêcher que l'effet de garantie de la compensation n'entame un avoir incorporel appréhendé par un créancier⁽⁵⁵²⁾. Posant un principe applicable à toute forme d'emprise sur la créance⁽⁵⁵³⁾, qui se justifie particulièrement en matière de procédures

(550) Au 31 décembre 2005, aucun recours en annulation ou question préjudicielle relatif à la loi du 15 décembre 2004 n'a été soumis à la Cour d'arbitrage, mais cette dernière a été saisie de deux questions préjudicielles concernant l'article 334 de la loi-programme du 27 décembre 2004, qui autorise le fisc à compenser nonobstant concours ; sur ce point, voy. *infra*, n° 104.

(551) Le sort réservé à la compensation a pu être décrit comme « one of the leading, and most accurate, indicators of pro-debtor or pro-creditor attitudes to insolvency » (P. R. WOOD, *Principles of International Insolvency*, cité in *Principles of European Insolvency Law, Law of Business and Finance*, vol. 4, Kluwer Legal Publishers, 2003, p. 60) ; M. Crocq explique ainsi la supériorité absolue de la compensation sur toutes les autres garanties sur créances : « (sa) supériorité tient à la position particulière du bénéficiaire de cette garantie qui trouve dans le pouvoir de refuser l'exécution une garantie supérieure au pouvoir de l'exiger » (P. CROCQ, *Propriété et garantie*, *op. cit.*, p. 257, n° 304).

(552) R.P.D.B., v° Saisie-arrêt, p. 598, n° 714 ; G. de LEVAL, *La saisie-arrêt*, *op. cit.*, p. 189, n° 123 ; C. GABET-SABATIER, « Le rôle de la connexité dans l'évolution du droit des obligations », *Rev. trim. dr. civ.*, 1980, pp. 39 et s., sp. p. 44, n° 10 : « Parce que la compensation est précisément source de garantie, le législateur l'a soumise à un certain nombre de règles exigeantes. De plus il a posé des exceptions au principe général de compensation et il a formulé des réserves en ce qui concerne les droits des tiers » ; voy. ég. Comm. Liège (4^e ch.), 5 mars 1986, *R.D.C.*, 1987, p. 748, avec obs. M. REGOUT-MASSON.

(553) G. DUBOC, *La compensation et les droits des tiers*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 202, p. 16, n° 19 : « La règle posée par l'article 1298 ne se limite pas à la saisie-arrêt et constitue un véritable principe d'une portée générale. Il s'applique à toutes les créances devenues indisponibles en raison des droits acquis à des tiers, notamment par le jeu des actions directes » ; I. MOREAU-MARGRÈVE, « Évolution du droit et de la pratique en matière de sûretés », *op. cit.*, sp. p. 220 ; M. GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, *op. cit.*, p. 187, n° 280 ; A. ZENNER, *Dépistage, faillites et concordats*, Larcier, 1998, pp. 480 et 481, n° 660 ; Fr. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, *op. cit.*, p. 63, n° 104 et p. 92, n° 166, qui en fait une des six règles techniques destinées à assurer la distribution par contribution à laquelle tend le concours ; N. THIRION, « La théorie de l'égalité des créanciers en concours d'une personne morale en liquidation : nouveaux enseignements de la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 195, n° 23, note 115.

collectives⁽⁵⁵⁴⁾, l'article 1298 du Code civil prohibe les trois formes de compensation, légale, judiciaire et conventionnelle⁽⁵⁵⁵⁾. Il ne s'agit d'ailleurs pas du seul témoignage d'ostracisme du droit positif vis-à-vis de cette forme de justice privée qu'est la compensation⁽⁵⁵⁶⁾, lorsqu'elle implique un débiteur défaillant ; l'on relève en effet également la réglementation des retenues patronales qui fut l'une des premières manifestations du droit social⁽⁵⁵⁷⁾.

90. Exception prétorienne. Dès lors, la cause devrait être entendue : à défaut d'être intervenue avant l'emprise de la créance par la procédure individuelle ou collective⁽⁵⁵⁸⁾ et sans préjudice, dans cette hypothèse, ni

(554) « Admettre le mécanisme compensatoire postérieurement à un jugement d'ouverture provoquerait un double paiement abrégé éteignant une créance antérieure avant toutes les autres. Or, le règlement des dettes du débiteur en procédure collective doit être ordonné et s'effectuer dans le cadre d'une procédure de distribution universelle » (P. SÉNÉCHAL, *L'effet réel de la procédure collective : essai sur la saisie collective du gage commun des créanciers*, op. cit., p. 420, n° 403).

(555) I. MOREAU-MARGRÈVE, « Évolution du droit et de la pratique en matière de sûretés », op. cit., p. 220 ; les différents types de compensation font aujourd'hui encore l'objet de controverses, entre autres quant à l'autonomie de la compensation judiciaire ; sur ce point, voy. N.-C. NDOKO, « Les mystères de la compensation », *Rev. trim. dr. civ.*, 1991, pp. 661 et s., sp. pp. 666 à 682, n°s 13 à 47.

(556) Sur la justice privée, voy. le *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la direction de D. ALLAND et St. RIALS, Quadrige/Lamy-P.U.F., 2003, qui cite expressément le compte courant comme moyen du « banquier de se payer lui-même en cas de faillite du client » (p. 908) ; sur d'autres manifestations de la justice privée et leur licéité, voy. E. DIRIX, « Eigenrichting in het privaatrecht », in *Liber amicorum Jan Ronse*, Story-Scientia, 1986, pp. 597 et s. ; le savant auteur conclut son étude en estimant que la justice privée est en principe illégale et que les exceptions à ce principe en subordonnent l'admission à différents critères, dont la nécessité et la proportionnalité.

(557) Sur la loi française du 12 janvier 1895, qui consacra tant une insaisissabilité partielle des salaires qu'une réglementation stricte des retenues patronales, voy. A. COLIN, « Un arrêt inquiétant. Compensation et saisissabilité des salaires ouvriers », *Rev. trim. dr. civ.*, 1909, pp. 817 et s. ; si les comportements patronaux et ouvriers ont incontestablement évolué depuis sa rédaction, cette note révèle la pérennité des difficultés touchant aux relations entre saisissabilité et compensation ; en Belgique, alors que l'article 25, § 2, de la loi du 12 avril 1965 consacrait un véritable « privilège » en faveur de l'employeur, en autorisant celui-ci à imputer préalablement les retenues patronales avant de procéder au calcul de la quotité saisissable, cette disposition a été remplacée par l'article 1411, alinéa 2, du Code judiciaire, qui limite expressément les retenues préalables au calcul des quotités saisissables et insaisissables : « Pour la détermination de ces quotités, les montants précités ne sont pris en considération que déduction préalablement faite des retenues effectuées en vertu des dispositions légales en matière d'impôt et de sécurité sociale et en vertu des conventions particulières ou collectives concernant les avantages complémentaires de sécurité sociale » (on rappelle que les retenues sur la rémunération sont strictement limitées par l'article 23 de la loi du 12 avril 1965) ; dès lors, « le montant de la quotité saisissable ou cessible est déterminé sans déduction préalable des retenues patronales et l'employeur doit, sous réserve des causes légales ou conventionnelles de préférence, venir, à concurrence d'un cinquième, en contribution avec les autres créanciers du travailleur » (G. de LEVAL, *Traité des saisies*, op. cit., p. 151, n° 83 B) ; la compensation entre dette et créance de l'employeur ne pourrait pas plus s'exercer sur la quotité saisissable ; en effet, selon le même auteur, « l'employeur ne peut invoquer la compensation (ou même pratiquer une saisie-arrêt entre ses propres mains) pour garantir le paiement de créances autres que celles qui sont énumérées par l'article 23 de la loi de 1965 (par ex. : répétition d'indu) » (*ibid.*, note n° 107).

(558) La compensation avant la survenance du concours est souvent invoquée à titre principal, ce qui permet d'éviter l'argumentation fondée sur la compensation après faillite ; voy. ainsi Liège (7^e ch.), 7 avr. 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 372, *R.D.C.*, 2001, p. 540 et Liège (7^e ch.), 29 oct. 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 975 ; le pourvoi contre cet arrêt de la cour d'appel de Liège a été rejeté par la Cour de cassation (Cass. (1^{re} ch.), 7 mai 2004, *J.L.M.B.*, 2004, p. 948) ; *adde* P. COPPENS et Fr. T'KINT, « Examen de jurisprudence (1997 à 2003) — Les faillites, les concordats et les privilèges », *R.C.J.B.*, 2003, pp. 597 et s., sp. p. 653, n° 48.

d'une règle particulière à la faillite ⁽⁵⁵⁹⁾ ni de la répression de comportements factices ou frauduleux ⁽⁵⁶⁰⁾, aucune compensation n'est permise au détriment des droits acquis d'un ou de plusieurs créanciers.

Tel n'est pourtant pas le cas. Il est depuis longtemps admis que « l'application de ces principes légaux, rigoureux et certains, aboutirait parfois à des résultats pratiques si injustes que, mue par un souci d'équité, la jurisprudence assouplit le système de la loi et admet une exception pour les dettes connexes » ⁽⁵⁶¹⁾. Un arrêt de la Cour de cassation du 7 décembre 1961 a définitivement assis cette dérogation, par une motivation qui retient, entre autres, que « le droit à l'indemnité n'a jamais existé dans le patrimoine des faillis que lié à l'obligation pour ceux-ci de remplir leur engagement » ⁽⁵⁶²⁾. La compensation pour dettes connexes est envisagée par M. Chvika comme un maintien, aménagé, du droit commun, destiné à restaurer, en faveur des créanciers, la sécurité juridique compromise par la procédure collective ⁽⁵⁶³⁾.

(559) En vertu de l'article 17, 2°, de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, « sont inopposables à la masse, lorsqu'ils ont été faits par le débiteur depuis l'époque déterminée par le tribunal comme étant celle de la cessation de ses paiements : tous paiements, soit en espèces, soit par transport, vente, compensation ou autrement, pour dettes non échues et pour dettes échues, tous paiements faits autrement qu'en espèces ou effets de commerce » ; sur cette disposition, voy. Fr. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, op. cit., p. 77, n° 136 ; A. ZENNER, *Dépistage, faillites et concordats*, op. cit., p. 745, n° 1052.

(560) I. MOREAU-MARGRÈVE, « Les sûretés », in *Chroniques de droit à l'usage du Palais*, Commission Université-Palais de Liège, Story-Scientia, 1987, pp. 1 et s., sp. pp. 155 et 156 ; Fr. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, op. cit., p. 92, n° 166, selon qui une compensation intervenue avant la naissance du concours serait néanmoins inopérante en général si les parties l'avaient organisée artificiellement ; la jurisprudence a parfois étendu ce principe à des hypothèses où l'opération artificielle n'impliquait pas uniquement le futur failli et son créancier ; pour deux illustrations d'une cession artificielle de créance en vue de permettre une compensation après faillite, voy. Liège (7^e ch.), 29 avr. 2004, inédit, R.G. n° 2002/1237 et Bruxelles (2^e ch.), 8 sept. 1984, R.D.C., 1985, p. 277, avec note D. DEVOS, « Propos sur la répression de la fraude en droit privé ».

(561) L. FRÉDÉRICQ, note sous Gand (1^{re} ch.), 10 juill. 1947, R.C.J.B., 1948, pp. 53 et s., sp. p. 60 ; P. RAYNAUD, « Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé », *Rev. trim. dr. civ.*, 1973, p. 617, n° 8 ; M. GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, op. cit., pp. 187 et s., n°s 281 et s. ; G. de LEVAL, *La saisie-arrêt*, op. cit., p. 190, n° 123 ; voy. déjà Ch. LEURQUIN, *Code de la saisie-arrêt*, op. cit., pp. 280 et 281, n° 274, qui cite l'hypothèse du compte courant et celle du locataire tiers saisi qui entend compenser le montant de sa dette avec ses débours consacrés à des travaux à charge du bailleur ; Mme Gabet-Sabatier évoque de la jurisprudence française en ce sens depuis la moitié du XIX^e siècle (C. GABET-SABATIER, « Le rôle de la connexité dans l'évolution du droit des obligations », op. cit., p. 46, n° 16) ; Mme Ndoko souligne, quant à elle, que la jurisprudence n'est pas parvenue facilement à justifier que l'équité prenne le pas sur la rigueur du texte (N.-C. NDOKO, « Les mystères de la compensation », op. cit., pp. 687 à 689, n°s 57 à 61) ; voy. enfin l'évolution de la jurisprudence française décrite par G. DUBOC, La compensation et les droits des tiers, op. cit., pp. 192 à 213, n°s 261 à 308.

(562) Cass. (1^{re} ch.), 7 déc. 1961, *Pas.*, 1962, I, p. 440 ; pour une analyse de cet arrêt, voy. M. GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, op. cit., pp. 187 à 189, n° 282 ; pour une description de l'arrêt de la Cour de cassation française du 25 octobre 1972 qui consacra la compensation pour dettes connexes nonobstant saisie-arrêt, voy. G. DUBOC, *La compensation et les droits des tiers*, op. cit., pp. 125 et 126, n° 178.

(563) E. CHVIKA, *Droit privé et procédures collectives*, op. cit., pp. 209 à 211, n°s 224 à 226 : « La procédure collective constitue dès lors, par le biais de ces aménagements, l'un des domaines d'épanouissement privilégié d'instruments du droit commun. Ces derniers sont adaptés et produisent leurs effets en dépit de l'absence d'une des conditions exigées par le droit commun pour leur application, et ce dès lors que des conditions propres au droit des procédures collectives sont réunies ».

91. Exigence de connexité. Pareille dérogation au principe posé par le Code civil n'est admise qu'en présence d'une connexité entre les obligations réciproques. Mme Grégoire voit dans cette connexité « une institution transcendant la distinction classique entre les droits de nature personnelle et les droits de nature réelle, puisqu'elle 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 » ⁽⁵⁶⁴⁾. Un auteur français a pu la qualifier d'un ton badin de « condition-joker » puisqu'elle permet également au juge de pallier l'absence d'exigences pourtant imposée par le Code civil, telle la liquidité des créances respectives ⁽⁵⁶⁵⁾.

Or, la connexité participe des « concepts flous de notre droit contemporain » ⁽⁵⁶⁶⁾. Elle a néanmoins pu être définie comme « le lien qui, dans une situation concrète, logiquement et économiquement homogène, unit à un bien ou à une obligation toute obligation ou rapport d'obligation né dans le contexte de cette situation, à raison de ce bien ou de cette obligation et par suite soit de remise en état soit de rapport d'accessoire soit d'incorporation de valeur » ⁽⁵⁶⁷⁾. Elle est une situation de fait car elle nous paraît, comme l'écrit justement Mme Gabet-Sabatier, une « situation qui ne se décrète pas » ⁽⁵⁶⁸⁾.

La compensation après faillite en cas de dettes connexes est admise par une abondante jurisprudence, émanant tant des juridictions

(564) M. GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, op. cit., p. 166, n° 253 ; l'auteur opère une analyse semblable à propos de l'exception d'inexécution : « comme en matière de droit de rétention, cette garantie constitue une dérogation à la relativité des effets internes des contrats » (*ibid.*, p. 180, n° 269).

(565) N.-C. NDOKO, « Les mystères de la compensation », op. cit., pp. 663 et 664, n° 8 ; en ce sens ég., C. GABET-SABATIER, « Le rôle de la connexité dans l'évolution du droit des obligations », op. cit., pp. 45 et 46, n° 14 ; ainsi en est-il des conditions de liquidité et d'exigibilité ; voy. ég. E. CADOU, « Justice privée et procédures collectives (exception d'inexécution — droit de rétention — compensation) », *Rev. trim. dr. comm.*, 2000, pp. 817 et s., sp. p. 825, n° 9.

(566) C. GABET-SABATIER, « Le rôle de la connexité dans l'évolution du droit des obligations », op. cit., p. 64 et 65, n° 51.

(567) C. GABET-SABATIER, « Le rôle de la connexité dans l'évolution du droit des obligations », op. cit., p. 62, n° 43.

(568) C. GABET-SABATIER, « Le rôle de la connexité dans l'évolution du droit des obligations », op. cit., pp. 64 et 65, nos 49 et 52 ; en ce sens également, M. GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, op. cit., p. 173, n° 259 : « la connexité est un fait, et non l'aménagement volontaire d'une réalité qui n'existe pas nécessairement » ; voy. ég. L. SIMONT, « Essai de classification des sûretés issues de la pratique et problèmes juridiques qu'elles posent », in *Les sûretés*, Feduci, 1984, pp. 277 et s., sp. pp. 305 à 309, qui, sans le faire sien, cite l'enseignement selon lequel « les conventions d'unicité de comptes bancaires seraient inutiles puisque si l'unicité existe dans les faits, elle doit sortir ses effets, alors que si elle n'existe pas dans les faits la convention serait impuissante à la créer » ; on y voit également une notion de droit en ce qu'elle est soumise au contrôle de la Cour de cassation (N.-C. NDOKO, « Les mystères de la compensation », op. cit., p. 683, n° 49 ; C. GABET-SABATIER, « Le rôle de la connexité dans l'évolution du droit des obligations », op. cit., p. 63, n° 47) ; il reste qu'à cet égard, le pouvoir souverain d'interprétation laissé au juge du fond ne laisse que peu de marge à une censure de la haute juridiction.

de fond que de la Cour de cassation⁽⁵⁶⁹⁾. La haute juridiction en a incontestablement promu l'efficacité en admettant, au-delà de l'hypothèse incontestée de dettes nées d'un même contrat, même frappé d'une pathologie justifiant son annulation ou sa résolution⁽⁵⁷⁰⁾, la présence d'une connexité entre dettes contractuelle et aquilienne⁽⁵⁷¹⁾. Les auteurs prônent également sa reconnaissance en cas de pluralité de contrats, survenus dans une perspective économique identique⁽⁵⁷²⁾, par exemple en présence d'un contrat-cadre⁽⁵⁷³⁾.

En guise d'illustration de la jurisprudence admettant la compensation nonobstant concours en cas de connexité, arrêtons-nous brièvement sur un des arrêts les plus récents rendus par la Cour de cassation à ce sujet le 7 mai 2004⁽⁵⁷⁴⁾, qui rejette le pourvoi introduit contre l'arrêt précité de la cour d'appel de Liège du 29 octobre 2002. Cette décision avait admis la compensation après faillite pour connexité entre créances

(569) Voy., outre les décisions citées par ailleurs, Cass. (1^{re} ch.), 2 sept. 1982, *Pas.*, 1983, I, p. 3, *J.T.*, 1982, p. 739, *R.W.*, 1983-1984, col. 523 ; Cass. (1^{re} ch.), 7 mai 2004, *J.L.M.B.*, 2004, p. 948 ; voy. ég. Liège (7^e ch.), 16 déc. 2004, inédit, *R.G.* n° 2002/1057.

(570) M. GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, *op. cit.*, p. 190, n° 285 ; au demeurant, « le contrat n'est pas la source exclusive des relations synallagmatiques. Il en est le facteur générateur privilégié mais non exclusif... Il est des rapports synallagmatiques qui, s'ils se situent dans la mouvance d'un contexte contractuel, ne résultent pas des mécanismes contractuels sensu stricto. Il en est ainsi dans les rapports nés de l'anéantissement d'un contrat synallagmatique déjà exécuté » (C. GABET-SABATIER, « Le rôle de la connexité dans l'évolution du droit des obligations », *op. cit.*, p. 43, n° 9 ; *adde ibid.*, pp. 57 et 58, n°s 35 à 39) ; Mme Ndoko remarque d'ailleurs judicieusement que les dettes d'argent réciproques ne naissent que rarement d'une exécution normale de la convention (N.-C. NDOKO, « Les mystères de la compensation », *op. cit.*, p. 688, n° 59) ; en jurisprudence, voy. Liège (7^e ch.), 29 oct. 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 975.

(571) Cass. (1^{re} ch.), 25 mai 1989, *Pas.*, 1989, I, p. 1015, *R.W.*, 1989-1990, p. 331, *R.D.C.*, 1989, p. 775, avec note, *R.C.J.B.*, 1992, p. 348, avec note M. VAN QUICKENBORNE, « Réflexions sur la connexité objective justifiant la compensation après faillite » ; la solution a été également admise en France (N.-C. NDOKO, « Les mystères de la compensation », *op. cit.*, p. 684, n° 52) ; pour un examen récent de l'évolution de la jurisprudence française, voy. E. CHVIKA, *Droit privé et procédures collectives*, *op. cit.*, pp. 218 à 227, n°s 235 à 245.

(572) Voy. Comm. Mons, 25 avr. 1985, *R.D.C.*, 1986, p. 387 : « Si d'un point de vue purement formel, les créances réciproques nées entre la S.A. Colinet et la Société générale de banque découlent, non pas de deux contrats différents, mais de deux techniques juridiques différentes ; un contrat d'ouverture d'un crédit d'acceptation, d'une part ; un engagement unilatéral né d'une institution juridique, le crédit documentaire irrévocable confirmé d'autre part, il n'en est pas moins vrai que les parties n'ont eu recours à ces techniques distinctes qu'en vue de réaliser entre elles une opération économiquement et financièrement globale et indivisible ».

(573) A. ZENNER, *Dépistage, faillites et concordats*, *op. cit.*, pp. 484 et 485, n° 664 ; N.-C. NDOKO, « Les mystères de la compensation », *op. cit.*, p. 684, n°s 53 ; E. CASHIN-RITAINE, Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes, *op. cit.*, pp. 440 et 441, n° 722 ; l'exception d'inexécution, dont le fondement est identique à celui de la compensation nonobstant concours, est actuellement admise même lorsque les obligations se déduisent de conventions différentes, lorsque celles-ci forment dans l'esprit des parties un ensemble indissociable (Cass. (1^{re} ch.), 8 sept. 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 785, *J.L.M.B.*, 1995, p. 1602 ; Bruxelles (9^e ch.), 7 mars 2003, *J.T.*, 2003, p. 663, qui pose le principe tout en refusant de l'appliquer dans l'espèce dont était saisie la cour ; voy. ég. S. CARON, note sous Mons, 10 sept. 2001, *R.G.D.C.*, 2003, p. 329, sp. p. 333).

(574) Cass. (1^{re} ch.), 7 mai 2004, *J.L.M.B.*, 2004, p. 948.

issues d'un rapport synallagmatique auquel il avait été mis fin par résolution. Les dispositions évoquées par le pourvoi étaient les articles 1289 et 1298 du Code civil, 7, 8, 9 et 12 à 28 de la loi hypothécaire du 16 décembre 1851, 16 à 26 et 99 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites et le principe général du droit relatif à l'égalité des créanciers après le concours né du jugement déclaratif de faillite. La Cour décida « que l'arrêt considère « qu'en l'espèce, les dettes réciproques ont la même cause : la résolution de la convention de vente du 20 avril 1999 » et « qu'il y a un rapport synallagmatique lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres ; que ce rapport subsiste [...] après la résolution du contrat ; qu'il existe bien un rapport synallagmatique entre les obligations de l'acheteur de restituer les machines et de payer des dommages intérêts égaux à la perte subie et au gain manqué par l'autre partie et celle du vendeur de restituer le prix majoré des intérêts depuis le jour du paiement de celui-ci » ; que sur la base de cette appréciation qui gît en fait des éléments de la cause, l'arrêt a pu légalement décider qu'il existe entre la dette et la créance de la société faillie un lien de connexité étroit de nature à justifier qu'une compensation s'opère entre elles ; que la reconnaissance de la compensation dans les cas où, aux yeux du juge, il existe une étroite connexité des créances n'affecte pas la règle de l'égalité des créanciers ».

Relevons au passage que la notion de connexité, malgré son imprécision, resterait l'inspiration des différentes interventions législatives françaises qui, dans la ligne tracée par les exigences européennes en matière de stabilité et de sécurité de la monnaie scripturale, ont pour but de permettre la compensation nonobstant concours⁽⁵⁷⁵⁾. Dès lors, l'opinion prônant l'abandon de la connexité en faveur d'une reconnaissance généralisée de la compensation nonobstant concours ne fait pas, loin de là, l'unanimité⁽⁵⁷⁶⁾.

92. Connexité conventionnelle. Reste ainsi controversée la question de l'efficacité de l'extension conventionnelle de la connexité qui, sans elle, n'existerait pas⁽⁵⁷⁷⁾. À nos yeux, la survenance d'un concours prive de

(575) « Les dispositions introduites en droit français sont, pour la plupart, rattachées au principe reconnu par la jurisprudence selon lequel la connexité des dettes et des créances autorise la compensation, nonobstant les droits des tiers » (A.-V. DELOZIÈRE-LE FUR, *La compensation dite multilatérale*, Éditions Panthéon Assas, 2003, p. 41, n° 29) ; il convient de préciser que l'explication du netting par la compensation est fondamentalement contestée par Mme Delozière-Le Fur.

(576) Ch.-A. LEUNEN, « Compensatie in concursus creditorum. Recente evolutie van de zekeheidsfunctie van compensatie in het belgisch recht », *T.P.R.*, 2004 (*Liber amicorum TPR en Marcel Storme*), pp. 439 et s.

(577) Se prononcent expressément contre l'efficacité de pareille extension : I. MOREAU-MARGRÈVE, « Évolution du droit et de la pratique en matière de sûretés », *op. cit.*, p. 222 ; M. GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, *op. cit.*, p. 172, n° 258 : « Faire supporter aux créanciers du débiteur les effets de cette rétention conventionnellement étendue, non constitutive d'un droit réel, reviendrait à leur infliger le respect d'obligations purement personnelles

tout effet une connexité conventionnellement prévue qui ne recouperait pas la réalité des faits⁽⁵⁷⁸⁾. Il est erroné de prétendre que par le simple fait qu'elle est prévue par une convention, la connexité ne pourrait être artificielle.

Bien au contraire, on a justement mis l'accent sur ce que la volonté, à elle seule, « n'explique et n'engendre nullement la connexité »⁽⁵⁷⁹⁾. Par une appréciation souveraine, il appartient au juge de déterminer si un ensemble de relations juridiques sont véritablement caractérisées par une connexité entre elles ou si les parties n'ont eu pour unique intention que celle de se constituer un avantage au détriment de droits de tiers qui viendraient se cristalliser sur les actifs.

du débiteur, en diminuant les prérogatives d'opposabilité absolue qu'ils ont acquises par la saisie ou la faillite. Ce serait là leur imposer les effets internes de la convention d'indivisibilité » ; il est vrai que l'auteur écrit ces lignes à propos de l'extension conventionnelle de la connexité fondant un droit de rétention et qu'elle admet dans une mesure, assez incertaine au demeurant, l'efficacité des clauses de fusion et de compensation de comptes ; E. KRINGS, conclusions précédant Cass. (1^{re} ch.), 7 oct. 1976, *Pas.*, 1977, I, pp. 154 et s. (à nouveau droit de rétention) ; Fr. T'Kint, quant à lui, hésite (Fr. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, op. cit., pp. 94 et 95, n° 170) ; A. Zenner estime la question controversée mais toutes les références qu'il cite plaident pour une inefficacité de l'extension conventionnelle de la connexité (A. ZENNER, *Dépistage, faillites et concordat*, op. cit., p. 487, n° 665) ; *contra* : P. VAN OMMESELAGHE, « Les sûretés nouvelles issues de la pratique — Développements récents », op. cit., pp. 404 à 406, n° 18 ; G. DUBOC, La compensation et les droits des tiers, op. cit., p. 216, n° 313 : « Cette connexité artificielle résultant d'un lien de garantie purement volontaire, sauf le cas de fraude, est à elle seule suffisante pour justifier la compensation recherchée par les parties nonobstant les droits des tiers » ; on peut cependant s'étonner des lacunes, sinon du parti-pris, de cette recherche qui ne fait pas allusion, à notre connaissance, à l'arrêt de la Cour de cassation de France du 13 novembre 1973 qui consacra la possibilité de saisir le solde créancier d'un compte courant (voy. *supra*, n° 27 et *infra*, nos 185 à 188).

(577) Après une analyse de la jurisprudence française, M. Sénéchal estime que l'interprétation de cette dernière « semble exclure que l'on puisse admettre la faculté pour les parties de stipuler une connexité conventionnelle » (M. SÉNÉCHAL, *L'effet réel de la procédure collective : essai sur la saisie collective du gage commun des créanciers*, op. cit., p. 451, n° 433 et pp. 454 et 455, n° 435).

(578) C. GABET-SABATIER, « Le rôle de la connexité dans l'évolution du droit des obligations », op. cit., p. 58, n° 36 ; selon Mme Goux, s'exprimant à propos de l'exception d'inexécution, « des clauses peuvent préciser qu'un rapport synallagmatique existe entre plusieurs contrats ou établir un lien entre eux... Leur validité sera subordonnée à l'existence d'un lien suffisant entre les contrats : les parties « ne peuvent ainsi créer une situation artificielle ou frauder les droits des tiers » » (C. GOUX, « Les clauses relatives à l'exception d'inexécution », in *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, La Charte, 2001, pp. 147 et s., sp. p. 161, n° 15 ; à nos yeux, la validité de la clause n'est pas en cause, il ne s'agit que d'une question d'opposabilité aux tiers ; comp. B. DUBUISSON et J.-M. TRIGAUX, « L'exception d'inexécution en droit belge », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles — Études de droit comparé*, Bruylant et L.G.D.J., 2001, pp. 57 et s., sp. pp. 65 et 66, n° 11 : « Il est sans doute difficile de nier ici le rôle de la volonté puisqu'elle est à la source du contrat synallagmatique [...] la Cour de cassation admet l'existence d'un lien de connexité entre conventions juridiquement distinctes pour autant qu'il soit constaté que ces conventions formaient, dans l'intention des parties, un ensemble indissociable. La volonté des parties a incontestablement un effet unificateur, en ce qu'elle permet de rassembler en un ensemble cohérent des opérations distinctes et des obligations diverses. Ce faisant, les parties expriment, implicitement ou expressément, leur volonté d'affecter ces opérations à un même but économique. En outre, on ne comprendrait pas pourquoi les parties seraient empêchées de reconnaître conventionnellement un lien de connexité entre leurs obligations respectives en vue de se garantir mutuellement, alors que dans le même temps, on admet l'opposabilité des conventions d'unicité des compte à la masse faillie. On observera cependant que cette opposabilité n'a été admise par la Cour de cassation que dans certaines limites ».

C'est, selon nous, dans cette perspective que s'inscrit le célèbre arrêt *Socol* prononcé par la Cour de cassation le 28 février 1985⁽⁵⁸⁰⁾, dont il est au demeurant contestable qu'il illustre une compensation, cette institution supposant par essence une réciprocité des obligations respectives⁽⁵⁸¹⁾. Recourant à l'institution de l'association momentanée, les parties avaient joué le jeu de ce mécanisme sociétaire⁽⁵⁸²⁾. Il ne s'agissait donc pas uniquement de se prémunir contre l'insolvabilité ; cet effet était induit par un schéma voulu et assumé comme tel par les parties. De même, les constructions juridiques qui servent un mode simplifié de règlement de créances réciproques existant entre un grand nombre de participants se justifient pour des raisons économiques autres que celles de se payer nonobstant la défaillance de l'un d'eux. À cet égard, la récente thèse de Mme Delozière-Le Fur nous conforte dans l'idée que l'opposabilité aux tiers de l'affectation de créances aux dettes doit être admise dans une mesure nécessaire mais non illimitée, à la condition que l'intérêt commun des participants ne consiste pas exclusivement à se constituer une garantie qui serait efficace en cas de concours⁽⁵⁸³⁾. Relevons que les commentaires de cet arrêt par Mmes Meinertzhagen-Limpens et Grégoire sont très proches de notre propre opinion⁽⁵⁸⁴⁾.

(580) Cass. (1^{re} ch.), 28 févr. 1985, *Pas.*, 1985, p. 765, *J.T.*, 1986, p. 578 avec obs. Fr. T' KINT, *Rev. prat. soc.*, 1985, p. 243, *R.D.C.*, 1985, p. 377, avec note, *R.C.J.B.*, 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 », *R.W.*, 1985-1986, p. 997, avec note E. DIRIX, « De tegenwerpelijke van een tijdelijke handelsvereniging aan derden ».

(581) A.-V. DELOZIÈRE-LE FUR, *La compensation dite multilatérale*, *op. cit.*, pp. 70 et s., sp. p. 70 et 71, n° 62 : « La relation triangulaire, même entre sociétés d'un même groupe, ne permet pas le jeu de la compensation, sauf en cas de confusion des patrimoines entre les sociétés distinctes » ; *adde* la note citée de A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, selon qui il est étonnant « de retrouver dans l'arrêt de la Cour de cassation la notion de compensation que la cour d'appel s'était soigneusement efforcée d'éviter » (*ibid.*, p. 590, n° 10) ; comp. J.-M. NELISSEN GRADE, « Compensatie na faillissement en vereffening van tijdelijke vennootschappen », in *Liber amicorum Jan Ronse*, Story-Scientia, 1986, pp. 287 et s., qui se réfère essentiellement à la figure de la compensation ; relevons que le savant auteur conclut son étude en estimant que l'arrêt du 28 février 1985 s'inscrit dans la cohérence d'un arrêt du 7 octobre 1976 de la Cour, qui avait refusé l'efficacité à l'égard des tiers d'une connexité que les faits ne corroboraient pas ; dans l'espèce jugée en 1985, il existait en fait un réel lien de connexité (*ibid.*, sp. p. 306, n° 35).

(582) *Adde* I. MOREAU-MARGRÈVE, « Les sûretés », in *Chroniques de droit à l'usage du Palais*, *op. cit.*, pp. 154 et 155 : « dans cet arrêt [...], la Cour relève que l'arrêt entrepris a constaté que la convention d'association momentanée, qu'invoquait un des associés à l'égard de l'associé failli pour fonder la compensation, ne créait pas de lien factice entre les créances et dettes mais "résultait de la nature même de l'association momentanée et des stipulations d'indivisibilité qui en résultaient" ».

(583) Voy. à cet égard A.-V. DELOZIÈRE-LE FUR, *La compensation dite multilatérale*, *op. cit.*, p. 253, n° 342 ; on lira également avec fruit ses développements relatifs à l'intérêt commun des participants (*ibid.*, pp. 125 à 142, n°s 138 à 162).

(584) « La convention d'association momentanée comportait une clause d'indivisibilité des comptes établis entre parties. Toutefois, ce n'est pas l'insertion d'une telle clause dans la convention d'association momentanée qui justifie, selon la Cour de cassation, la compensation après la faillite d'un des deux associés momentanés, des créances réciproques existant entre eux. La Cour de cassation a, en effet, retenu les constatations de l'arrêt entrepris, selon lesquelles « [la clause d'indivisibilité de comptes] ne créait pas de lien factice entre, d'une part, les créances de l'associé non failli à l'égard du maître

À nos yeux, dès lors, on ne peut permettre de façon illimitée l'extension d'une exception prétorienne, fondée sur l'équité, à un texte exprès et à des principes tels que la sujétion uniforme des biens et l'égalité des créanciers⁽⁵⁸⁵⁾. La compensation fondée sur la connexité étant un tempérament à la rigueur estimée excessive de pareils principes, on ne saurait sans danger en étendre démesurément la portée⁽⁵⁸⁶⁾. « Concept juridique général et souple, [la connexité] agit comme une clé quasi universelle, ouvrant la porte à des solutions novatrices auxquelles elle sert à la fois de limite et de fondement »⁽⁵⁸⁷⁾. Relevons au passage que même les auteurs favorables aux mécanismes de justice privée ont dénoncé les risques d'excès, recommandant d'éviter d'admettre une notion trop large de la connexité⁽⁵⁸⁸⁾.

L'existence de textes de droit financier, insérés dans des matières spécifiques pour d'impérieuses raisons économiques, ne justifie aucune généralisation. À l'argument selon lequel les tiers doivent respecter les conséquences de conventions librement consenties *in tempore non suspecto*, on répondra que la formalisation de la saisie, comme nous l'avons vu, emporte précisément un effet d'inopposabilité de pareilles conventions attentatoires au principe d'égalité. À ce propos, on a pu déduire de l'arrêt précité de la Cour de cassation du 17 octobre 1996 la condamnation, certes implicite, de pareille extension conventionnelle de

de l'ouvrage, et, d'autre part, les dettes qu'il pouvait avoir contractées à l'égard de son associé ou, encore, à l'égard d'autres tiers »...C'est donc en raison de la nature même de la convention d'association momentanée que la compensation entre créances réciproques se justifiait, en l'espèce, après la faillite d'un des associés. La question de savoir si la clause d'indivisibilité de comptes eût suffi à elle seule à permettre la compensation après faillite n'a donc, en définitive, pas été abordée dans cette affaire » (M. GRÉGOIRE, note sous Bruxelles, 3 févr. 1986, R.D.C., 1988, pp. 708 et s., sp. p. 712) ; voy. ég. A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, « Réflexions sur la compensation, l'indivisibilité, la connexité et le privilège dans le cadre de la faillite d'un associé momentané », *op. cit.*, pp. 598 et 599, nos 22 et 23, ainsi que le sentiment de M. DELIERNEUX et J. HAMBENNE, « La place de l'escrow account dans le cadre des sûretés issues de la pratique », in *Le juriste dans l'entreprise*, Bruylant, 1989, pp. 153 et s., sp. pp. 172 et 173.

(584) « Intégrée dans les institutions légales, la connexité n'inquiète guère. Au contraire, lorsqu'elle permet des créations en dehors de tout texte, non seulement son contenu mais son existence même font question » (C. GABET-SABATIER, « Le rôle de la connexité dans l'évolution du droit des obligations », *op. cit.*, sp. p. 44, n° 10) ; *adde ibid.*, pp. 55 et 56, n° 30 à 32, à propos particulièrement du principe d'égalité des créanciers, écrit : « par la connexité, la jurisprudence, contre le principe général et contre les textes précis de la compensation, consacre une exception de grande importance » ; comp. et *contra* Ch.-A. LEUNEN, « Compensatie in concursus creditorum. Recente evolutie van de zekerheidsfunctie van compensatie in het belgisch recht », *op. cit.*, p. 447, n° 9.

(585) C. GABET-SABATIER, « Le rôle de la connexité dans l'évolution du droit des obligations », *op. cit.*, p. 57, n° 33 : « Pour l'heure, on ne peut dire encore que la connexité ait conduit à des excès : elle ne fait que permettre de justes solutions dans des situations données sans entrer en conflit choquant avec d'autres institutions également justes. Pour l'avenir peut-être des conciliations et des limites seront-elles nécessaires ».

(586) E. CADOU, « Justice privée et procédures collectives (exception d'inexécution — droit de rétention — compensation) », *Rev. trim. dr. comm.*, 2000, pp. 817 et s., sp. p. 822, n° 6.

(587) E. CADOU, « Justice privée et procédures collectives (exception d'inexécution — droit de rétention — compensation) », *op. cit.*, p. 845, n° 39.

la connexité⁽⁵⁸⁹⁾. Au demeurant, les partisans de la compensation nonobstant concours reconnaissent que l'exigence de connexité a été assouplie au point que l'exception est presque devenue la règle⁽⁵⁹⁰⁾. Quel besoin, dès lors, d'une reconnaissance encore plus large ? Certaines décisions, néanmoins, admettent l'opposabilité aux tiers de telles clauses⁽⁵⁹¹⁾.

Dans son commentaire d'un arrêt du 15 octobre 1999 de la Cour de cassation⁽⁵⁹²⁾, M. Thirion critique la jurisprudence de la haute juridiction quant à la compensation après concours de dettes connexes. Selon l'auteur, « le souci constamment manifesté par la Cour de cassation de conférer au principe d'égalité des créanciers son plein et entier effet et de limiter en conséquence les mécanismes de nature à lui porter atteinte, ainsi que le démontre une fois de plus l'arrêt annoté, justifierait qu'il soit revenu sur sa jurisprudence relative à la compensation après concours de dettes connexes, qui constitue en quelque sorte, au sein de ce mouvement jurisprudentiel général, une espèce de "corps étranger" »⁽⁵⁹³⁾.

Cet appel à un revirement de jurisprudence restera probablement sans réponse et cela nous paraît heureux en ce que cette conception remet également en cause la compensation nonobstant concours en cas de dettes connexes⁽⁵⁹⁴⁾. La faveur vis-à-vis de la compensation nonobstant concours est en effet dans l'air du temps. Les propositions de dispositions issues de la confrontation de différents systèmes juridiques européens consacrent la reconnaissance de la compensation, qu'il y ait ou non connexité entre les obligations réciproques⁽⁵⁹⁵⁾. L'argumentation

(589) I. MOREAU-MARGRÈVE, « Du nouveau à propos des cessions de créance », *op. cit.*, p. 157.

(590) Ch.-A. LEUNEN, « Compensatie in concursus creditorum. Recente evolutie van de zekerheidsfunctie van compensatie in het belgisch recht », *op. cit.*, p. 454, n° 22.

(591) Voy. ainsi Mons (14^e ch. extraordinaire), 28 juin 2004, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1451, qui admet l'efficacité en cas de concordat d'une clause d'unicité de comptes en ne caractérisant guère l'unité économique des opérations ; cette décision sera examinée plus avant dans la seconde partie de notre recherche, en raison des importantes considérations qu'il comporte quant au fonctionnement du compte.

(592) N. THIRION, « La théorie de l'égalité des créanciers en concours d'une personne morale en liquidation : nouveaux enseignements de la Cour de cassation », *op. cit.*, sp. pp. 196 à 203, n°s 24 à 29.

(593) N. THIRION, « La théorie de l'égalité des créanciers en concours d'une personne morale en liquidation : nouveaux enseignements de la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 202, n° 28.

(594) Outre les arrêts déjà cités, voy. Cass. (1^{re} ch.), 9 mars 2000, *Pas.*, 2000, I, p. 537, *R.W.*, 2000-2001, pp. 480, avec note A. DE WILDE, « De positie van de koper bij faillissement van de verkoper », *R.G.D.C.*, 2002, p. 585, avec note I. VERVOORT, « Ontbinding en faillissement » ; dans cet arrêt, la Cour a en effet expressément réservé le bénéfice de la compensation à un acquéreur, demandeur en restitution d'acompte versé à son vendeur en faillite, auquel elle déniait par ailleurs le droit de se prévaloir de la rétroactivité de la résolution de la vente pour obtenir un paiement préférentiel.

(595) Voy. ainsi le § 9.3, des principes du droit européen de l'insolvabilité, qui consacrent une reconnaissance de la compensation nonobstant la survenance d'une procédure d'insolvabilité : « The opening of the proceeding does not prevent set-off », traduit en français par : « l'ouverture de la procédure n'interdit pas la compensation » (*Principles of European Insolvency Law*, *op. cit.*, pp. 631 et 643).

déduite de l'article 6.1 du règlement n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, dont la philosophie a été reprise, sous des modalités différentes, dans l'article 119, § 2, 2°, du Code de droit international privé⁽⁵⁹⁶⁾, paraît moins convaincante, puisqu'il ne s'agit jamais que d'une règle de conflit, chargée d'arbitrer la cohabitation de systèmes juridiques par essence divergents⁽⁵⁹⁷⁾. Surtout, l'article 14 de la loi du 15 décembre 2004 pose question ; nous y reviendrons longuement dans le second point du présent paragraphe.

93. Une exception sous surveillance ? Nous relevons néanmoins que la jurisprudence récente de la Cour de la cassation ne semblait pas favorable à une extension débridée de la compensation nonobstant concours pour créances connexes et de la portée destructrice du principe d'égalité qui s'attache à cette institution. En témoigne un arrêt du 26 juin 2003⁽⁵⁹⁸⁾, prononcé dans l'hypothèse bien connue où le concours révélant deux créances connexes se double de la cession de celle du surendetté vis-à-vis de son partenaire se prévalant de la connexité. Avant d'étudier cet arrêt, il nous paraît utile de consacrer quelques lignes aux précédents développements que ce cas de figure avait connus devant la Haute juridiction.

94. Antécédents. Aux termes de l'article 1295, ancien, du Code civil, « le débiteur qui a accepté purement et simplement la cession qu'un créancier a faite de ses droits à un tiers, ne peut plus opposer au cession-

(596) Sur cette disposition, voy. V. MARQUETTE, « Code de DIP : droits réels et compensation », *R.D.C.*, 2005, pp. 656 et s., sp. pp. 671 à 673, n°s 35 à 38 ; l'auteur souligne à juste titre qu'au contraire du Règlement européen, qui recourt à une règle de conflit négative (si la *lex concursus* ne permet pas la compensation, cette dernière sera néanmoins admise si la loi de la créance du débiteur insolvable le permet), le Code de droit international privé désigne, pour trancher la question, « la loi [...] applicable à la créance du débiteur insolvable et dans l'hypothèse où cette loi ne permet pas l'opposabilité de la compensation, il ne sera pas possible de faire application de la *lex concursus* dans l'hypothèse où elle le permettrait ».

(597) *Contra*, Ch.-A. LEUNEN, « Compensatie in concursus creditorum. Recente evolutie van de zekerheidsfunctie van compensatie in het belgisch recht », *op. cit.*, pp. 450 à 453, n°s 15 à 21 ; l'auteur conclut son examen du règlement en constatant que les créanciers sont incités par le règlement à faire éllection d'un droit applicable autre que le droit belge ; on a cependant écrit, à juste titre, que d'autres dispositions de ce Règlement, tel l'article 20, servaient l'égalité des créanciers (N. WATTÉ, « L'opposabilité des sûretés dans le nouveau règlement européen des procédures d'insolvabilité », in *Vers l'harmonisation en Europe du droit de l'insolvabilité et des garanties*, *Rev. dr. U.L.B.*, 2001, vol. 24, pp. 7 et s., sp. p. 13, n° 9) ; sur l'article 6 du règlement 1346/2000, voy. E. DIRIX et V. SAGAERT, « Verhaalsrechten en zekerheidsposities van schuldeisers onder de Europese Insolventieverordening », *R.D.C.*, 2001, pp. 580 et s., sp. pp. 597 à 599, n°s 50 à 56.

(598) Cass. (1^{re} ch.), 26 juin 2003, *Rev. not.*, 2003, p. 620, *R.D.C.*, 2004, pp. 476, avec note critique I. PEETERS, « Schuldvergelijking na cessie van schuldvordering : geen uitzondering voor verknochte verbintenissen. Het gerechtvaardigd vertrouwen van Belgische debiteuren beschaamd ? », *R. W.*, 2003-2004, pp. 1419 et s., avec note M. DE THEIJE, « Compensatie na cessie » ; l'arrêt peut également être consulté sur www.cass.be, accompagné des conclusions contraires de l'avocat général X. DE RIEMAECKER ; voy. ég. *Rapport annuel de la Cour de cassation de Belgique*, 2002-2003, pp. 359 et s.

naire la compensation qu'il eût pu, avant l'acceptation, opposer au cédant. À l'égard de la cession qui n'a point été acceptée par le débiteur, mais qui lui a été signifiée, elle n'empêche que la compensation des créances postérieures à cette notification ». Désormais, l'article 1295 du Code civil, tel qu'il a été modifié par l'article 6 de la loi du 6 juillet 1994, ne contient plus qu'un alinéa et dispose : « Lorsque la cession a été notifiée au débiteur ou qu'elle a été reconnue par le débiteur, celui-ci ne peut plus invoquer la compensation des créances qui se réalise postérieurement ». Le législateur a donc supprimé l'alinéa 1^{er}, disposition exorbitante du droit commun⁽⁵⁹⁹⁾, et maintenu le second alinéa, tout en l'adaptant à la réforme de l'opposabilité de la cession de créance.

Un célèbre arrêt fut prononcé par la Cour de cassation le 13 septembre 1973⁽⁶⁰⁰⁾. Dans cette affaire, un entrepreneur adjudicataire d'un marché public avait cédé à un organisme de crédit sa créance vis-à-vis du maître de l'ouvrage. Cette cession avait été signifiée et acceptée expressément par le maître de l'ouvrage qui confirma que les paiements seraient effectués entre les mains de l'organisme de crédit. Avant le premier versement, l'entrepreneur tomba en faillite ; en application du cahier général des charges, le maître de l'ouvrage devint alors créancier de l'adjudicataire et signala à la banque qu'il ne verserait rien, se prévalant tant de la compensation que de l'exception d'inexécution.

Assigné par la banque cessionnaire, le maître de l'ouvrage vit ses moyens de défense rejetés successivement par les deux juridictions de fond. La compensation ne pouvait être invoquée en raison de l'acceptation de la cession de créance⁽⁶⁰¹⁾ ; quant à l'exception d'inexécution, selon la cour d'appel de Bruxelles, elle ne pouvait développer ses effets

(599) On voyait traditionnellement dans l'article 1295 du Code civil une application du principe posé par l'article 1298, alinéa 1^{er}, du même Code, selon lequel la compensation n'a pas lieu au préjudice des droits acquis par des tiers (Ph. DRAKIDIS, « Des effets à l'égard des tiers de la renonciation à la compensation acquise », *Rev. trim. dr. civ.*, 1955, pp. 238 et s., sp. p. 246, n° 14 ; C. GABET-SABATIER, « Le rôle de la connexité dans l'évolution du droit des obligations », *op. cit.*, p. 46, n° 16) ; si tel nous paraît incontestablement le cas de l'actuel article 1295 (qui reprend le prescrit de l'ancien article 1295, alinéa 2), nous estimons que l'article 1295, alinéa 1^{er}, ancien était une disposition exorbitante ; Mme Merchiers y voyait à tout le moins une dérogation au droit commun de l'opposabilité des exceptions (Y. MERCHIER, « Les effets de la cession de créance vis-à-vis du débiteur cédé », *op. cit.*, p. 536, n° 29) ; pour une application, voy. Bruxelles (9^e ch.), 7 mars 2003, *J.T.*, 2003, p. 663.

(600) Cass. (1^{re} ch.), 13 sept. 1973, *Pas.*, 1974, I, p. 31, *J.T.*, 1973, p. 634, *R.C.J.B.*, 1974, p. 352 avec note M.-L. STENGERS, « La compensation après faillite et l'exception d'inexécution opposée par le débiteur d'une créance cédée ».

(601) Mme Stengers remarque justement que l'article 1295, alinéa 2, du Code civil, aurait tout autant pu être retenu par les juridictions de fond pour rejeter la compensation, à supposer, *quod non* selon elle, que les dispositions de ce Code eussent été applicables ; en effet, la créance du maître de l'ouvrage vis-à-vis de l'entrepreneur était née, par le prononcé de la faillite, postérieurement à la cession à la banque de la créance de l'entrepreneur vis-à-vis du maître de l'ouvrage (M.-L. STENGERS, « La compensation après faillite et l'exception d'inexécution opposée par le débiteur d'une créance cédée », *op. cit.*, pp. 359 et 360, n° 8).

tant parce que la défaillance dont se plaignait le maître de l'ouvrage vis-à-vis de l'entrepreneur était définitive vu l'état de faillite de ce dernier qu'en raison des relations étroites que l'exception d'inexécution entretient avec la compensation.

Saisie d'un pourvoi pris de la violation des effets des rapports synallagmatiques et donc axé exclusivement sur l'exception d'inexécution, la Cour de cassation cassa l'arrêt de la cour de Bruxelles en décidant tout d'abord que le caractère définitif de la défaillance d'un partenaire ne privait pas son cocontractant du bénéfice de l'exception d'inexécution. Sans préjudice de cette appréciation, « l'exception d'inexécution et celle qui est fondée sur la compensation ne se confondent pas, la compensation étant un mode d'extinction des obligations réciproques jusqu'à concurrence de la plus faible, tandis que l'exception d'inexécution n'a d'autre effet que de suspendre l'exécution des obligations incombant à celui qui s'en prévaut ». Et la Cour de poursuivre : « Attendu que le transport de créance ne peut nuire au débiteur cédé ; que celui-ci conserve, en règle, à l'égard du cessionnaire les droits et les exceptions qu'il pouvait opposer au créancier cédant ; attendu que l'acceptation de la cession par la demanderesse, sans renonciation à ses droits, ne l'a privée que du bénéfice de la compensation qu'elle aurait pu invoquer à l'égard du cédant ». De la sorte, le maître de l'ouvrage pouvait opposer à la banque cessionnaire l'exception d'inexécution, inhérente à la nature du contrat synallagmatique, dont elle disposait envers le cédant en vertu du contrat d'entreprise qu'elle avait conclu avec ce dernier.

Dans l'esprit de la Cour de cassation, il existe donc une différence entre l'exception d'inexécution et l'invocation de la compensation⁽⁶⁰²⁾, quelle que soit la similarité de leurs effets, que n'a pas manqué de mettre en exergue la doctrine⁽⁶⁰³⁾, même si les deux institutions ne sont pas toujours distinguées.

95. Compensation après concours et cession de créance en 2003...

L'arrêt du 26 juin 2003 paraît maintenir la différence, du moins lorsqu'entre en jeu une cession de créance. Le débiteur cédé peut opposer l'exception d'inexécution mais est privé de la compensation pour la raison patente d'absence de réciprocité des obligations respectives.

Les faits ayant donné lieu à l'arrêt du 26 juin 2003 peuvent être ainsi relatés. Une société de courtage en assurances, Mercure, est déclai-

(602) G. DUBOC, *La compensation et les droits des tiers*, op. cit., p. 122, n° 176 ; cet auteur insiste à de nombreuses reprises sur la distinction qu'il convient de faire entre compensation et exception d'inexécution pour créances connexes, sans la justifier de façon convaincante.

(603) I. MOREAU-MARGRÈVE, « Évolution du droit et de la pratique en matière de sûretés », op. cit., p. 221.

rée en faillite le 5 mai 1993 ⁽⁶⁰⁴⁾. L'actif de cette société comprenait naturellement un portefeuille d'assurance composé de diverses polices, dont certaines émises par des sociétés aux droits desquelles venait la S.A. Axa Royale Belge. En vertu de la convention de courtage qui liait les protagonistes, Axa disposait du droit de s'opposer à la cession du portefeuille aussi longtemps que Mercure lui restait débitrice ⁽⁶⁰⁵⁾. Dans le cadre de leur mandat de justice, les curateurs souhaitent céder le portefeuille à deux sociétés anonymes faisant partie du groupe Atelia. Axa ne l'entend pas de cette oreille et s'oppose à cette cession, arguant du fait que Mercure avait encaissé des primes sans les lui ristourner et qu'elle est donc sa débitrice à due concurrence. Par ailleurs, étant donné qu'elle était elle-même débitrice de commissions vis-à-vis de Mercure, Axa entend se prévaloir de la compensation.

Par un arrêt du 24 avril 2001 ⁽⁶⁰⁶⁾, la cour d'appel de Liège, comme nous l'avons vu ci-dessus ⁽⁶⁰⁷⁾, refusa de donner effet à la clause unissant la société faillie et Axa, aux termes de laquelle cette dernière pourrait s'opposer à la cession du portefeuille d'assurances aussi long-

(604) Le cas des défaillances de sociétés de courtage est naturellement l'occasion de procès de principe quant à la compensation pour connexité ; en effet, les obligations réciproques sont originellement des créances de sommes, issues des contrats de courtage et de mandat d'encaissement des primes ; il reste que cette hypothèse classique est différemment appréciée en doctrine ; en 1998, M. Zenner la jugeait controversée (A. ZENNER, *Dépistage, faillites et concordats*, op. cit., p. 486, n° 664), mais il semble avoir changé d'avis en 2004 (voy. son étude cosignée avec M. Peeters et critiquée *supra*), tandis que MM. T'Kint et Coppens, reprenant une opinion exprimée par M. Van Ommeslaghe, se demandent si l'on peut « imaginer connexité plus évidente » (P. COPPENS et Fr. T'KINT, « Examen de jurisprudence (1997 à 2003) — Les faillites, les concordats et les privilèges », *R.C.J.B.*, 2003, pp. 597 et s., sp. p. 659, n° 53).

(605) Aux termes d'une des clauses applicables à l'affaire, « le producteur a un droit acquis à toutes commissions afférentes aux contrats d'assurance souscrits à son intervention, et ce jusqu'à leur expiration ; aucune cession d'affaires ou de portefeuille ne peut cependant être réalisée, entre vifs ou pour cause de décès, avant apurement intégral du compte producteur » ; pour une opinion complètement divergente de la nôtre sur l'efficacité de pareille clause vis-à-vis des tiers, voy. A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours », op. cit., p. 888, n° 32.

(606) Liège, 24 avril 2001, *R.G.D.C.*, 2002, p. 402 ; une autre chambre de la cour d'appel de Liège avait précédemment eu à connaître d'une autre espèce aux circonstances factuelles identiques (Liège (7^e ch.), 25 nov. 1999, *J.L.M.B.*, 1999, p. 1775) ; dans cet arrêt, la cour a également refusé à la compagnie d'assurances le bénéfice de la compensation en décidant en substance : « Attendu que la faillite met certainement fin au mandat d'encaissement que l'assureur avait donné au courtier, la relation de confiance qui sous-tend ce mandat étant personnelle et révocable [...] ; que par contre, subsiste le droit à la commission aussi longtemps que l'assuré reste lié à la compagnie ; que lorsque le courtier décide de céder son portefeuille, comme le ferait tout propriétaire d'un fonds de commerce, la cession n'emporte pas, sauf dispositions spéciales, cession des dettes ; qu'il s'ensuit qu'il n'existe pas de connexité entre la dette résultant de l'encaissement des primes par le cédant, et le droit aux commissions futures qui représente la plus grande partie de la valeur du fonds de commerce ; [...] qu'en l'espèce, l'existence d'un rapport synallagmatique entre assureur et courtier ne se vérifie pas... ; attendu que la compensation après faillite, si elle a été admise par facilité par les curateurs pour la très courte période séparant la déclaration de faillite de la remise du portefeuille à la première intimée, ce qui ne confère pas un droit à l'appelante, ne peut jouer pour absorber le débit du compte du courtier par les commissions non encore échues à cette date ».

(607) Voy. *supra*, n° 71.

temps que Mercure lui restait redevable. S'inspirant sans ambiguïté des termes de l'arrêt de la Cour de cassation du 17 octobre 1996⁽⁶⁰⁸⁾, la cour d'appel de Liège décida que cette clause avait pour effet de soustraire des actifs de la loi du concours en les affectant par priorité au paiement de la créance d'Axa ; s'agissant, partant, d'une sûreté réelle non prévue par la loi, elle était inopposable en cas de concours. En ce qui concerne, par contre, la prétention d'Axa à la compensation, la cour d'appel lui en reconnut le bénéfice en raison de l'existence d'un lien de connexité, mais en limita la portée : « En l'espèce, le solde négatif du compte de la société faillie à l'égard des assureurs peut être compensé par les commissions échues et à échoir sur les contrats conclus à l'intermédiaire de la société faillite jusqu'au jour où les commissions sont acquises au cessionnaire du portefeuille, soit le 1^{er} juin 1993, suivant l'addendum modifiant l'article 3 de la convention de cession du 14 mai 1993 opposable aux assureurs [...] ; que la société de courtage cessionnaire n'est pas tenue des dettes de la société faillie, comme l'exprime d'ailleurs l'article 2, *b*, de la convention de cession qui est opposable aux assureurs et qui stipule que la vente ne concerne pas les créances et les dettes nées du temps de l'activité des sociétés faillies [...] ; en conséquence, dans la mesure où [Axa] a retenu des commissions depuis le 1^{er} juin 1993 jusqu'au 31 août 1993 relativement aux contrats d'assurance transférés, il y a lieu de la condamner à les rembourser [au cessionnaire] ».

Axa se pourvut en cassation, mais ne critiqua devant la haute juridiction que l'appréciation de la cour d'appel relative à la compensation après faillite. Dans son argumentation, Axa retint comme majeure qu'« en tant qu'elle est inhérente aux contrats synallagmatiques et fondée sur l'interdépendance d'obligations réciproques, la compensation entre une obligation et une créance connexes est également opposable au cessionnaire de la créance née de ce contrat synallagmatique ».

Dès lors, pris en substance de la violation des articles 1134, 1135, 1165, 1289, 1290, 1291, 1293, 1295⁽⁶⁰⁹⁾, 1298, 1689, 1690 et 1691⁽⁶¹⁰⁾ du Code civil et du principe de l'égalité des créanciers en concours, le pourvoi invoqua la méconnaissance des effets internes des clauses existant entre Axa et la société faillie, l'effet externe que les mêmes clauses produisent à l'égard des tiers, notamment en ce qu'elles sont créatives de connexité, la portée du principe de l'égalité des créanciers en concours et la notion légale de compensation entre une obligation et une

(608) Chr. BIQUET-MATHIEU, « Les sûretés », in *Chron. dr. not.*, vol. XXXVI, Larcier, 2002, pp. 5 et s., sp. p. 37, n° 2.

(609) Tel que cet article était applicable avant sa modification par l'article 6 de la loi du 6 juillet 1994.

(610) Tels que ces deux derniers articles étaient applicables avant leur modification respectivement par les articles 4 et 5 de la loi du 6 juillet 1994.

créance connexes. L'arrêt attaqué n'avait pu, sans méconnaître les dispositions et principes précités, « ni considérer que les clauses litigieuses invoquées par la demanderesse pour fonder sa demande d'admission de la compensation, ne sont opposables ni aux créanciers de la société faillie représentés par les seconds défendeurs, ni aux premières défenderesses, cessionnaires des créances de commissions échues et à échoir sur les contrats conclus à l'intermédiaire de la société faillie, ni refuser la compensation demandée ». En d'autres termes, l'arrêt n'était pas légalement justifié en ce qu'il n'admettait la compensation entre les dettes réciproques de la société faillie et d'Axa pour les commissions échues au jour de la faillite et à échoir après la faillite que jusqu'à la date d'effectivité de la cession du portefeuille.

Dans ses conclusions précédant l'arrêt, M. De Riemaeker abonda dans le sens du pourvoi en suggérant que soit reconnue la spécificité de la compensation après faillite par rapport à la compensation de droit commun, en sorte que serait écarté le prescrit de l'article 1295, alinéa 2, ancien, du Code civil⁽⁶¹¹⁾. L'avocat général reprit à son compte les références, suggérées par la demanderesse en cassation, aux arrêts des 25 mars 1965 et 13 septembre 1973 de la Cour de cassation⁽⁶¹²⁾, qui avaient admis l'opposabilité de l'exception d'inexécution par un débiteur cédé même en cas d'inexécution résultant de faits postérieurs à la signification de la cession de créance, en raison du caractère inhérent aux rapports synallagmatiques de pareille exception. Tout en reconnaissant que la question posée à la Cour en 1973 différait de celle dont elle avait eu à connaître en 2003, et en concédant que l'arrêt de 1973 pouvait être interprété dans le sens d'une application de l'article 1295, alinéa 1^{er}, ancien, du Code civil, M. De Riemaeker, à la suite de l'étude de Mme Stengers⁽⁶¹³⁾, s'attacha à démontrer la singularité de la compensation après faillite par rapport à la compensation *stricto sensu* : contrairement à cette dernière, la compensation après faillite ne se conçoit que dans l'hypothèse où « les obligations concernées procèdent d'une même cause et que le lien qui relie les obligations réciproques crée entre elles une connexité telle que l'état de faillite ne saurait y mettre fin ». Cette connexité se distingue d'ailleurs, en doctrine, des connexités convention-

(611) On précise une dernière fois que cette disposition en vigueur au moment des faits l'était dans sa version antérieure à celle modifiée par la loi du 6 juillet 1994 ; le principe posé par l'article 1295, alinéa 2, ancien, du Code civil, n'a toutefois été qu'adapté par la loi précitée.

(612) Cass. (1^{re} ch.), 25 mars 1965, *Pas.*, 1965, I, p. 788 ; Cass. (1^{re} ch.), 13 septembre 1973, *Pas.*, 1974, I, p. 30, *J.T.*, 1973, p. 634, *R.C.J.B.*, 1974, p. 356, avec étude M.-L. STENGERS « La compensation après faillite et l'exception d'inexécution opposée par le débiteur d'une créance cédée ».

(613) « Tout ce qui précède montre les grandes différences entre deux institutions qui, parce qu'elles suivent le même mécanisme, portent le même nom » (M.-L. STENGERS, « La compensation après faillite et l'exception d'inexécution opposée par le débiteur d'une créance cédée », *op. cit.*, p. 361, n° 10).

nelle ou légale. Ensuite, « pour ce qui concerne les effets de la connexité par rapport à la situation de concours des créanciers, tant M. Van Quickenborne que Mme Stengers se réfèrent à l'arrêt de votre Cour du 7 décembre 1961 par lequel, dans le cas d'obligations réciproques issues d'un même rapport synallagmatique, votre Cour a considéré que [...] : "le jugement déclaratif de faillite n'a pas eu pour conséquence de désolidariser les deux créances, le droit à la prestation due par le cocontractant n'a jamais existé dans le patrimoine du failli que lié à l'obligation pour celui-ci de remplir son engagement" ». Enfin, la doctrine citée par l'avocat général admet que les conditions de liquidité et d'exigibilité de la créance qu'on entend compenser avec celle du failli ne sont pas de mise en raison de l'existence de la connexité. En conclusion, « la connexité objective, souverainement constatée par le juge du fond, liée à la nature des relations qui relie les obligations réciproques renforce l'effet de la compensation : le lien de connexité fait naître entre les obligations concernées une étroite dépendance qui en fait une opération unique. C'est ce qui caractérise la compensation après faillite par rapport à la compensation en général et empêche dès lors l'application à ce type spécifique de compensation des règles relatives à la cession de créance, ainsi que celles du concours [...] Les règles relatives à la cession de la créance devant, suivant l'enseignement doctrinal précité, auquel je me réfère, céder à la connexité objective ainsi retenue qui justifie le bénéfice de la compensation après faillite, le moyen me paraît à cet égard fondé » ⁽⁶¹⁴⁾.

L'arrêt rejeta la position défendue tant par le pourvoi que par les conclusions de l'avocat général De Riemaeker. Ses termes sont pour le moins ramassés : « Attendu qu'en vertu de l'article 1289 du Code civil, lorsque deux personnes se trouvent débitrices l'une de l'autre, il s'opère entre elles une compensation qui éteint les dettes ; que, s'analysant en un double paiement abrégé, la compensation est un mode d'extinction des obligations réciproques jusqu'à concurrence de la plus faible ; que l'exception fondée sur la compensation, dont le mécanisme ne suppose pas l'interdépendance des obligations réciproques, n'est pas inhérente à la nature du contrat synallagmatique ; attendu qu'en cas de cession de la créance née d'un tel contrat, qui a pour effet que les obligations en présence ne sont plus réciproques, il n'est pas dérogé à l'article 1295, alinéa 2, du Code civil qui, dans sa rédaction applicable au litige, prive le débiteur cédé qui n'a pas accepté la cession mais à qui elle a été signifiée du bénéfice de l'exception de compensation lorsque les conditions de celle-ci ne sont réunies qu'après la notification ; attendu que la constatation entre les obligations réciproques d'un lien de connexité de nature à justifier que la compensation s'opère entre les débiteurs nonobstant la faillite de l'un d'eux est sans incidence sur les conditions auxquelles l'autre

(614) Conclusions précitées de M. l'avocat général X. DE RIEMAECKER.

peut, en cas de cession de la créance du failli, opposer au cessionnaire l'exception fondée sur la compensation ; que, reposant sur le soutènement contraire, le moyen manque en droit ».

96. ... et en 2005. Que retenir de cet arrêt ? Incontestablement, à nos yeux, une limitation par la Cour de cassation de la portée de la connexité⁽⁶¹⁵⁾, et, partant, de la fonction sécuritaire de la compensation⁽⁶¹⁶⁾. Idoine à réserver un sort favorable, en cas de concours frappant un partenaire, à celui qui étant à la fois débiteur et créancier de ce dernier, peut s'en prévaloir, la connexité ne peut lui profiter s'il entend opposer sa position à celle d'un cessionnaire de la créance qui faisait jusque là partie, dans son principe, du patrimoine sous le coup du concours⁽⁶¹⁷⁾. Elle n'emporte pas, comme en France, ce qu'un auteur a pu qualifier de « droit de suite »⁽⁶¹⁸⁾.

En résumé, on constate dans la jurisprudence de nos cours et tribunaux une double limitation de l'effet de garantie de la compensation, par l'écartement tout d'abord d'une connexité purement fictive et ensuite du mécanisme en lui-même en cas de cession de créance. Ces restrictions sont désormais caduques, en raison de l'entrée en vigueur, le 1^{er} février 2005, de la loi du 15 décembre 2004. Il nous incombe maintenant d'examiner cette législation.

(615) « La condition de connexité rapproche l'exception de compensation de l'exception d'inexécution : la compensation pour dettes connexes se présente comme une exception inhérente à la créance cédée, or la cession n'opère par purge des exceptions » (E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, op. cit., p. 441, n° 722) ; les références citées par l'auteur montrent que le droit français adopte une solution contraire à celle consacrée par l'arrêt du 26 juin 2003 ; voy. ég., en droit français, P. CROCQ, *Propriété et garantie*, op. cit., pp. 384 à 387, n°s 436 à 438 et M. BILLIAU, *La transmission des créances et des dettes*, op. cit., p. 34, n° 30.

(616) Ch.-A. LEUNEN, « Compensatie in concursus creditorum. Recente evolutie van de zekeheidsfunctie van compensatie in het belgisch recht », op. cit., p. 449, n° 13.

(617) Signe de sa relative importance, cet arrêt a été commenté dans le rapport annuel de la Cour de cassation : « La Cour a rejeté le moyen dans la mesure où il soutenait que la constatation d'un lien de connexité entre des obligations réciproques de nature à justifier que la compensation s'opèrent [sic] entre elles nonobstant la faillite d'un des débiteurs aurait une incidence sur les conditions auxquelles l'autre peut, en cas de cession de créance du failli, opposer au cessionnaire l'exception fondée sur la compensation. Cette exception n'est, en effet, pas inhérente à la nature du contrat synallagmatique, son mécanisme ne supposant pas l'interdépendance des obligations réciproques » (*Rapport de la Cour de cassation*, 2003, Moniteur belge, p. 360).

(618) G. DUBOC, *La compensation et les droits des tiers*, op. cit., p. 189, n° 259 ; *adde ibid.*, pp. 76 et 77, n° 108 : « Les obligations nées d'un même rapport synallagmatique ne sont pas...généralement, en raison de leur objet, susceptibles de s'éteindre par compensation, et leur transfert peut être envisagé. L'équilibre des prestations réciproques n'est pas pour autant menacé. Des institutions comme l'exception d'inexécution ont précisément pour objet de le maintenir et si, en raison des aléas que peut connaître ce rapport, les obligations réciproques devenaient fongibles entre elles, elles devraient alors se compenser. Et il en sera ainsi quand bien même l'une d'entre elles aurait été transmise à un tiers cessionnaire ou subrogé. L'interdépendance...est si forte qu'un transfert des obligations d'une des parties au synallagma au profit d'un tiers est inapte à la détruire et à en empêcher les effets » ; voy. *ibid.*, p. 187, n° 258 ; *adde* N.-C. NDOKO, « Les mystères de la compensation », op. cit., p. 689, n° 61.

B. Impact de la loi du 15 décembre 2004 sur les sûretés financières et situation du fisc

97. Présentation générale. Transposée en droit belge par la loi du 15 décembre 2004 ⁽⁶¹⁹⁾, la directive 2002/47/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juin 2002 concernant les contrats de garantie financière, habituellement qualifiée « directive collatérale » ⁽⁶²⁰⁾, tend non seulement à l'harmonisation mais aussi à la modernisation des sûretés financières au sein des États membres ⁽⁶²¹⁾. Le terme de sûretés financières désigne celles qui ont pour assiette soit des instruments financiers, soit la monnaie scripturale. Nous reviendrons naturellement, dans la seconde partie de notre recherche, sur ce qu'il convient d'entendre par monnaie scripturale.

Selon les travaux préparatoires de la loi belge, tant celle-ci que la directive se justifient pour deux motifs économiques, soit la croissance économique et la stabilité financière ⁽⁶²²⁾. Il est fait état à de nombreuses

(619) Loi 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, *M.B.*, 1^{er} fév. 2005, 2^e éd., citée ci-après « Loi relative aux sûretés financières », du souhait même du législateur (article 2 de la loi).

(620) Le terme « collatéral » n'est pas très parlant ; en bref, cette dénomination franglaise décrit un mécanisme fondé sur la remise en propriété à titre de garantie de titres ou d'espèces, qui présente d'importants avantages à l'égard des ratios prudentiels ; pour plus de précisions sur ce point, voy. E. CHVIKA, *Droit privé et procédures collectives*, *op. cit.*, pp. 155 et 156, n° 164.

(621) Sur cette directive, qu'il incombait à la Belgique de transposer pour le 27 décembre 2003 au plus tard, voy. W. BOSSU, « De richtlijn betreffende financiële zekerheidsvereenkomsten : inhoudelijke analyse », in *Sûretés bancaires et financières*, Cahiers AEDBF, Bruylant, 2004, pp. 227 et s. ; M. VAN DER HAEGEN, « L'impact de la directive concernant les garanties financières de lege ferenda », *ibid.*, pp. 263 et s.

(622) Il nous paraît utile de reproduire ici les développements relatifs à la croissance économique car ils révèlent nettement l'intention du législateur belge d'étendre le champ d'application de la directive européenne : « Les sûretés financières constituent une condition indispensable à la conclusion de (1) contrats de crédit et de (2) contrats sur instruments dérivés. La conclusion de contrats de crédit permet aux entreprises d'acquiescer des moyens d'action externes. La conclusion de contrats sur instruments dérivés leur permet de couvrir leurs risques de marché, de crédit, de change ainsi que d'autres risques : la hausse des taux d'intérêt, la baisse du dollar américain, le relèvement des prix des produits de base, etc. Ces deux types de contrats sont essentiels au fonctionnement des entreprises industrielles et commerciales. Une législation adéquate en matière de sûretés donne aux entreprises la possibilité d'accéder à de tels contrats, et ce à un moindre coût. Cette situation a des conséquences positives tant pour la croissance économique que pour l'emploi. Sur ce point, le projet de loi va nettement au-delà de la directive. La directive ne porte pas sur la constitution de sûretés entre entreprises non financières ni sur celle impliquant des personnes physiques. Cela est compréhensible dès lors que la directive s'inscrit dans le cadre du Plan d'action pour les services financiers, élaboré par la Commission européenne, lequel vise notamment à mettre en place un marché européen des capitaux intégré. Avec le projet de loi, le Gouvernement applique la logique suivie à l'ensemble de l'économie. S'agissant des entreprises industrielles et commerciales, les conséquences sont les suivantes : 1. un accès moins cher aux crédits, sur la base notamment des normes d'adéquation des fonds propres prévues par les accords Bâle I et II, lesquels permettent aux banques d'appliquer aux crédits octroyés des exigences en fonds propres moins élevées si les positions sont adéquatement couvertes ; des exigences en fonds propres moins importantes ont comme corollaire un coût du crédit moins élevé ; 2. la participation à des opérations de trésorerie (principalement via des conventions de repos), donnant lieu à des rendements financiers

reprises qu'une amélioration des garanties du crédit en diminuera le coût⁽⁶²³⁾. Une substantielle partie des dispositions de la loi du 15 décembre 2004 est entrée en vigueur le 1^{er} février 2005⁽⁶²⁴⁾.

Cette législation présente deux traits caractéristiques. D'une part, on constate l'influence déterminante sur cette directive du développement des marchés financiers⁽⁶²⁵⁾. Il serait cependant erroné d'en déduire qu'il ne s'agit là que d'une énième intervention législative exclusivement dédiée à assurer l'intégrité du fonctionnement de ces derniers. En effet,

plus importants pour les entreprises qui présentent des excédents de caisse et engendrant, de manière générale, une liquidité de marché plus élevée et, dès lors, des taux d'intérêt plus bas ; 3. un accès aux opérations sur instruments dérivés, dans lesquelles les entreprises industrielles et commerciales jouent principalement un rôle de vendeur de risques. Ces opérations rendent l'activité de l'entreprise moins vulnérable aux chocs économiques externes, tout en réduisant le risque d'insolvabilité et en permettant un maintien de l'activité économique et de l'emploi (avantage à court terme) ainsi qu'une croissance économique plus soutenue (avantage à long terme). S'agissant des personnes physiques, les conséquences sont les suivantes : 1. vu le caractère dépossesseur des sûretés, seules des personnes physiques fortunées seront, dans la pratique, concernées par la loi : seules ces personnes possèdent les titres ou espèces susceptibles d'être fournis à titre de sûreté dans le cadre de transactions financières ; 2. un accès aux opérations sur instruments dérivés, dans lesquelles les personnes physiques interviennent principalement comme acheteur de risques, et ce dans le cadre de la maximalisation du rendement de leur gestion de fortune (voir également le rôle des fonds dits hedge funds). Par leur présence sur le marché, ces personnes ont une influence baissière sur le prix de la cession des risques, ce qui donne aux entreprises industrielles et commerciales la possibilité de se couvrir contre les risques à un coût moins élevé ; 3. comme les personnes physiques fortunées peuvent utiliser des crédits contre la cession d'un portefeuille-titres, elles peuvent participer à des opérations sur les marchés des capitaux : achat ou souscription d'actions, d'obligations, etc., ce qui a également des conséquences positives pour la liquidité des marchés et les taux d'intérêt, cette situation entraînant à son tour un coût de financement moins élevé pour les entreprises industrielles et commerciales ou les pouvoirs publics » (Projet de loi relatif aux sûretés financières et portant des dispositions fiscales diverses en matière de conventions constitutives de sûreté réelle et de prêts portant sur des instruments financiers, Exposé des motifs, *Doc. parl.* Ch. repr., n° 51-1407/001, pp. 10 et 11) ; dans les lignes qui suivent, l'intitulé du projet de loi sera abrégé en « projet de loi relatif aux sûretés financières ».

(622) Sur ce point, voy. G. AFFAKI, « De la relation perfectible entre le crédit et les sûretés », *Banque et droit*, 2004, n° 97, pp. 26 et s., sp. n°s 2 et 3 ; pareille argumentation reconfortera l'entrepreneur, mais il conviendra de juger sur pièces ce qu'il en adviendra concrètement ; voy., dans un domaine similaire, Th. BONNEAU, *Droit bancaire*, op. cit., p. 343, n° 490 : « Non seulement la concurrence s'exerce entre les établissements de crédit eux-mêmes, mais également, en raison de la coexistence d'un circuit bancaire et d'un circuit extra-bancaire du crédit, entre ces établissements et des agents non bancaires. Cette situation doit permettre d'attiser la concurrence et d'obtenir un crédit bon marché, au moins en théorie » (nous soulignons).

(623) Sur l'entrée en vigueur de la loi, voy. les articles 73 et 74 de la loi du 15 décembre 2004 ; en substance, la loi s'applique aux conventions intervenues antérieurement au 1^{er} février 2005, à moins qu'une situation de concours n'ait figé entre-temps les droits des créanciers ; sur ce point, voy. V. SAGAERT et H. SEELDRAEYERS, « De wet financiële zekerheden », *R.W.*, 2004-2005, pp. 1521 et s., sp. p. 1524, n° 11.

(624) W. BOSSU, « De richtlijn betreffende financiële zekerheidsovereenkomsten : inhoudelijke analyse », op. cit., pp. 230 et 231, n° 4 à 7 ; voy. ég. les propos de M. Chivka, démontrant qu'il s'agit là d'un phénomène généralisé : « L'internationalisation des opérations a conduit à utiliser des garanties, à l'instar de celles utilisées sur d'autres places financières, plus adaptées en raison de leur souplesse à des besoins de liquidités intra journalières. Le législateur a ainsi introduit un régime de garanties utilisées sur les marchés financiers dérogeant largement au droit commun des procédures collectives, afin de satisfaire les aspirations à la simplicité et à l'efficacité des garanties souhaitées par les différents opérateurs. Les sûretés boursières ne sont en effet acceptables que si elles sont à l'abri de toute contestation aussi bien lors de leur formation que lors de leur mise en jeu, que l'entreprise soit ou non *in bonis* » (E. CHVIKA, *Droit privé et procédures collectives*, op. cit., p. 142, n° 152).

nous verrons que le législateur belge a très substantiellement élargi le champ d'application de l'initiative européenne. D'autre part, il ne s'agit certainement pas d'une harmonisation générale du droit des sûretés réelles, mais plutôt d'une neutralisation de dispositions nationales gênantes pour la solidité du système financier ⁽⁶²⁶⁾. Il convenait d'éradiquer tant les incertitudes doctrinales que les obstacles légaux existant dans les États membres, spécialement en matière de constitution des garanties et d'exécution de ces dernières en cas de survenance d'une procédure d'insolvabilité ⁽⁶²⁷⁾. Dans cette mesure, il est néanmoins permis de parler d'un régime communautaire des sûretés réelles dont l'assiette est constituée d'actifs financiers ⁽⁶²⁸⁾. La réforme est donc d'une importance fondamentale ⁽⁶²⁹⁾.

98. Notable extension du champ d'application de la loi par rapport à celui de la directive. Comme nous venons de le signaler, il est essentiel de prendre conscience du champ d'application très étendu de cette loi, qui modifie fondamentalement le droit des sûretés lorsque celles-ci ont pour assiette un « actif financier », c'est-à-dire soit un instrument financier, soit la monnaie scripturale ⁽⁶³⁰⁾. Comme l'écrivait M. Van Der Haegen avant la promulgation de la loi, « le législateur belge a l'opportunité d'exclure du champ d'application de la directive [...] les contrats dans lesquels une des parties est une personne morale autre qu'un investisseur institutionnel (c'est-à-dire une société non financière, une ASBL ou une fondation par exemple) ou de les inclure pour autant que l'autre partie soit un établissement défini aux points *a* à *d* de l'article 1^{er}, § 2, de la directive. Cette seconde formule nous paraît de loin préférable compte tenu de l'objectif poursuivi par la directive et les impératifs de la sécurité juridique des opérateurs professionnels » ⁽⁶³¹⁾.

(626) À titre d'illustration de cette ambition limitée, on constate que les sûretés réelles octroyées directement par les lois nationales des États membres ne sont pas visées par cette directive.

(627) Projet de loi relatif aux sûretés financières, Exposé des motifs, *Doc. parl.* Ch. repr., n° 51-1407/001, p. 8.

(628) Rapport fait au nom de la commission des Finances et du Budget par M. L. GUSTIN, *Doc. parl.*, Ch. repr., n° 51-1407/002, p. 4 ; nous précisons naturellement ce qu'il convient d'entendre par actifs financiers.

(629) Pour un commentaire approfondi de la loi du 15 décembre 2004, voy. V. SAGAERT et H. SEELDRAYERS, « De wet financiële zekerheden », *R. W.*, 2004-2005, pp. 1521 et s.

(630) Le législateur, ou plutôt, devrait-on dire, le gouvernement, a été conscient de l'importance de cette réforme, puisqu'il qualifiait les dispositions du volet financier de « corpus autonome appelé [...] à être abondamment cité » (Projet de loi relatif aux sûretés financières, p. 23).

(631) M. VAN DER HAEGEN, « L'impact de la directive concernant les garanties financières de lege ferenda », *op. cit.*, pp. 275 et 276, n° 11 ; toujours selon M. Van Der Haegen, « l'article 1^{er}, paragraphe 2, point *a* à *d*, de la directive définit les catégories auxquelles le preneur de la garantie et le constituant doivent appartenir et qui correspondent, grosso modo, aux catégories d'investisseurs institutionnels énumérés à l'article 2, 2°, de l'arrêté royal du 7 juillet 1999 relatif au caractère public des opérations financières » (*ibid.*, p. 275, n° 11) ; cette énumération recouvre en substance, pour ce qui nous retient principalement, la Banque nationale de Belgique, les établissements de crédit inscrits

Le législateur belge a suivi ce conseil, dépassant notablement le compromis traduit dans la directive ⁽⁶³²⁾. Dès lors, le crédit octroyé par un établissement bancaire à des personnes physiques ou morales agissant dans des secteurs totalement étrangers aux marchés financiers peut être garanti par les nouvelles formes de sûretés consacrées par la loi du 15 décembre 2004 ⁽⁶³³⁾. Notons en particulier que, du vœu du législateur belge et contrairement à la directive, la loi s'applique également en principe lorsque le crédit est une personne physique ⁽⁶³⁴⁾. Au vœu exprès du gouvernement fédéral, il convient cependant de réserver l'application, à titre de *lex specialis*, des législations relatives à la protection des consommateurs ⁽⁶³⁵⁾. Néanmoins, de façon tout aussi explicite, la loi du 15 décembre 2004 écarte certains effets du règlement collectif de dettes, qui n'est susceptible d'application, comme on le sait, qu'aux personnes physiques ⁽⁶³⁶⁾. Dès lors, eu égard à son champ d'application *ratione personae*, nous ne partageons pas la conclusion selon laquelle la loi « constitue l'exécution par le législateur belge de son obligation de transposer en droit interne les normes protectrices établies par la direc-

à la liste prévue par l'article 13 de la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit, à l'exception des caisses d'épargne communales, les succursales établies en Belgique d'établissements de crédit relevant du droit d'un autre État membre de la Communauté européenne, enregistrées conformément à l'article 65 de la loi du 22 mars 1993 précitée, les établissements de crédit non établis en Belgique qui relèvent du droit d'un autre État membre de la Communauté européenne et exercent des activités en Belgique conformément à l'article 66 de la loi du 22 mars 1993 précitée.

(631) W. BOSSU, « De richtlijn betreffende financiëlezekerheidsovereenkomsten : inhoudelijke analyse », *op. cit.*, p. 237, n° 24 ; voy. ég. I. PEETERS, « Een verdere stap naar een coherent juridisch kader voor de fiduciaire eigendom tot zekerheid », note sous Cass. (1^{re} ch.), 4 avr. 2003, *Dr. banc. fin.*, 2003, pp. 375 et s., sp. p. 380, n° 8, note n° 23, qui espérait que la transposition de la directive soit l'occasion d'une reconnaissance généralisée de la cession de propriété à titre de garantie.

(632) V. SAGAERT et H. SEELDRAYERS, « De wet financiële zekerheden », *op. cit.*, p. 1521, n° 1

(633) Projet de loi relatif aux sûretés financières, *Doc. parl.* Ch. repr., n° 51-1407/001, pp. 10, 21, 22 et 30 ; voy. également l'opinion émise par la Banque Centrale Européenne, reproduite *ibid.*, pp. 306 et s., sp. p. 307 ; c'est donc à titre d'exception que l'article 12, qui régit le transfert de propriété à titre de garantie, écarte les personnes physiques de son emprise.

(634) Projet de loi relatif aux sûretés financières, *Doc. parl.* Ch. repr., n° 51-1407/001, p. 22 : « On pense notamment aux dispositions générales en matière d'obligation d'information et de clauses abusives prévues par les articles 30 à 32 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection des consommateurs... De même, les dispositions prévues par la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation demeurent applicables, notamment ses dispositions relatives à l'indication des sûretés exigées par le prêteur pour accorder un crédit (art. 14, § 3, 8°), aux clauses abusives (articles 28 et suivants) notamment en ce qui concerne les clauses de déchéance du terme ou condition résolutoire. Ainsi encore, les dispositions protégeant les consommateurs en leur qualité de fournisseur de sûretés telles qu'elles résulteront de la prochaine directive européenne relative à l'harmonisation des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de crédit aux consommateurs doivent primer les dispositions de la présente loi en vue d'assurer la protection des consommateurs (interdiction d'affecter des montants empruntés à la constitution de sûretés, interdiction de contrats de sûretés portant sur des contrats de crédit à durée indéterminée, exécution possible seulement après un délai de carence, interdiction de faire couvrir les pénalités ou frais d'inexécution du contrat de crédit par la sûreté, nécessité d'une mise en demeure préalable ou l'octroi d'un délai raisonnable ou d'un rééchelonnement de la dette garantie) ».

(635) Projet de loi relatif aux sûretés financières, *Doc. parl.* Ch. repr., n° 51-1407/001, p. 22.

tive européenne sur les contrats de garantie financière couvrant tant les gages que les opérations de transfert à titre de garantie sur titres et espèces portés en compte » ⁽⁶³⁷⁾.

99. Objet de la loi : sûretés sur actifs financiers et conventions de netting. Conformément au prescrit de la directive, l'article 2 de la loi annonce l'objectif de transposition tout en précisant qu'elle établit, « sans préjudice de la législation régissant la protection des consommateurs, un régime spécifique en ce qui concerne les sûretés réelles portant sur des instruments financiers ou des espèces et en ce qui concerne les conventions de netting ». La loi traite donc, d'une part, des sûretés ayant pour assiette soit des instruments financiers, soit des espèces (c'est-à-dire la monnaie scripturale) et, d'autre part, des conventions de netting. Avec la doctrine, on peut déplorer que le législateur ait maladroitement recouru au terme « espèces » pour désigner la monnaie scripturale ⁽⁶³⁸⁾.

Pragmatique, cette législation s'est par ailleurs donné un autre objectif, à savoir « assurer l'utilité potentielle économique de cette transposition en prévoyant les compléments nécessaires en matière fiscale » ⁽⁶³⁹⁾. La plupart des dispositions de la loi du 15 décembre 2004 sont d'ailleurs des mesures fiscales d'accompagnement. De plus, un arrêté royal du 20 janvier 2005 modifie les mesures d'exécution du Code des impôts sur les revenus en matière de précompte mobilier sur les revenus payés ou attribués dans le cadre de l'application de la loi ⁽⁶⁴⁰⁾.

Les dispositions de la loi relatives aux instruments financiers ne retiendront pas notre attention ⁽⁶⁴¹⁾. Au contraire, celles qui concernent les avoirs en compte sont naturellement au cœur de notre recherche. Ces avoirs sont baptisés « espèces » et sont définis comme « les droits décou-

(637) J.-P. DEGUÉE et D. DEVOS, « La loi relative aux sûretés financières du 15 décembre 2004 — Lignes directrices », *Dr. banc. fin.*, 2005, pp. 155 et s., sp. p. 162, n° 15.

(638) V. SAGAERT et H. SEELDRAEYERS, « De wet financiële zekerheden », *op. cit.*, p. 1523, n° 9.

(639) Projet de loi relatif aux sûretés financières, *Doc. parl.* Ch. repr., n° 51-1407/001, p. 7 ; *adde* le Rapport fait au nom de la commission des Finances et du Budget par M. L. GUSTIN, *Doc. parl.*, Ch. repr., n° 51-1407/002, p. 3.

(640) A.R. du 20 janvier 2005 modifiant l'A.R./C.I.R. 1992 en matière de précompte mobilier sur les revenus payés ou attribués en exécution de conventions constitutives de sûreté réelle et de prêts portant sur des instruments financiers, *M.B.*, 1^{er} févr. 2005, p. 2978.

(641) Ainsi, la réalisation simplifiée et l'appropriation des instruments financiers donnés en gage sont régies par l'article 8 de la loi ; de plus, en son article 10, la loi règle un conflit de rang en conférant priorité au gage constitué sur des instruments financiers par rapport au privilège visé à l'article 31 de la loi du 2 août 2002 et à l'article 7 de la loi du 22 février 1998 fixant le statut organique de la Banque nationale de Belgique ; ce conflit avait déjà évoqué par M. Van Der Haegen (M. VAN DER HAEGEN, « L'impact de la directive concernant les garanties financières de lege ferenda », *op. cit.*, pp. 272 et 273, n° 9) ; enfin, les opérations de cession-rétrocession (repos), consacrées par l'article 13 de la loi, sont également dédiées aux instruments financiers.

lant de fonds portés en compte quelle qu'en soit la devise, à l'exclusion de la monnaie fiduciaire, ainsi que les créances similaires ouvrant le droit à la restitution d'argent » (article 3, 2°, de la loi) ⁽⁶⁴²⁾. Étant donné, cependant, que nous examinons ici la question de la compensation en cas de concours, nous nous bornons à étudier le statut des conventions de netting et renvoyons le lecteur à la seconde partie de notre recherche pour l'étude des sûretés conventionnelles ayant le compte en banque pour objet ⁽⁶⁴³⁾.

100. Première approche : écartement des effets du concours. Selon le prescrit de l'article 14 de la loi, « 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 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 » ⁽⁶⁴⁴⁾.

Cette disposition écarte clairement l'application des articles 1295 et 1298 du Code civil ⁽⁶⁴⁵⁾, afin d'assurer l'efficacité d'une compensation conventionnelle nonobstant la survenance de tout forme de concours, que ce dernier revête la forme d'une saisie ou d'une procédure collective ou que cette dernière tende à un redressement du débiteur ou à la liquidation de ses biens. La protection de la compensation conventionnelle est renforcée par les articles 15 et 16 de la loi, que nous examinerons dans les lignes qui suivent. Il convient d'abord de s'interroger sur le champ d'application de cette modification législative.

(642) Les travaux préparatoires précisent, sans guère clarifier le texte, que les espèces sont « des fonds portés en compte et plus exactement des droits découlant des fonds portés en compte. La disposition n'entend pas trancher ici la controverse relative à la nature des droits découlant d'un compte à vue : monnaie scripturale ayant une existence autonome ou droit de créance » (Projet de loi relatif aux sûretés financières, p. 25) ; nous n'avons pas trouvé, dans les travaux préparatoires, d'indications quant à ce qu'il faut entendre par « les créances similaires ouvrant le droit à restitution d'argent ».

(643) Voy. *infra*, n°s 374 et s.

(644) Sur cette disposition, voy. en particulier A. ZENNER et I. PEETERS, « Faillite et compensation : une révolution copernicienne », *J.T.*, 2005, pp. 333 et s. ; nous ne partageons pas, comme nous nous en expliquerons ci-après, l'enthousiasme de ces auteurs pour les articles 14 à 16 de la loi du 15 décembre 2004.

(645) « Il en résulte que les cessions de créances — appelées à entrer dans le mécanisme de compensation — intervenues après la conclusion de la convention de netting ne peuvent empêcher la convention de netting de sortir ses effets même en ce qui concerne ces créances cédées. En cas de pareilles cessions, le dommage subi par le cessionnaire se réglera par un recours sur la personne du cédant » (Projet de loi relatif aux sûretés financières, p. 46).

101. Controverse quant à la portée du concept de « netting ». Aux termes de l'article 3, 4°, de la loi, les conventions de netting sont définies comme « les conventions de novation ou de compensation bilatérale ou multilatérale ». On remarque immédiatement un hiatus entre, d'une part, le recours à une dénomination jusque-là réservée, dans la terminologie juridique francophone, à une convention intervenant entre organismes bancaires ou financiers dans la perspective d'assurer l'intégrité des systèmes de paiement et de règlement⁽⁶⁴⁶⁾ et, d'autre part, une définition au caractère très large. Se pose, dès lors, la question du champ d'application de l'article 14 de la loi du 15 décembre 2004.

Des arguments peuvent être invoqués en faveur d'une interprétation restrictive de cette modification législative, qui en limiterait le champ d'application aux conventions liant les intermédiaires financiers entre eux. On s'étonne tout d'abord de l'absence d'abrogation de l'article 1298 du Code civil, dont on se demande quel empire il pourrait conserver, *de lege lata*, dans une interprétation large de l'article 14 de la loi du 15 décembre 2004. Par ailleurs, tout en faisant référence explicitement au concept de compensation conventionnelle, les travaux préparatoires ne paraissent évoquer l'application de cette disposition qu'en matière financière⁽⁶⁴⁷⁾. En troisième lieu, on aurait pu attendre du législateur qu'il exprime plus clairement son opinion dans une matière délicate et caractérisée, depuis de nombreuses décennies, par un équilibre précaire atteint autour de la notion de connexité.

À l'opposé, plusieurs arguments peuvent être avancés pour soutenir qu'il s'agit de consacrer très largement l'opposabilité nonobstant concours de n'importe quelle compensation conventionnelle. Tout d'abord, on constate que les articles 2 et 4 de la loi n'opèrent pas de lien entre les instruments financiers et la monnaie scripturale, d'une part, et

(646) Comme l'écrit M. Chvika, « la notion de compensation est censée traduire la notion anglo-saxonne de netting, qui désigne le mécanisme qui permet le calcul d'une créance unique, correspondant au solde net de l'ensemble des créances réciproques entre deux parties issues d'opérations sur instruments financiers régies par le règlement général du Conseil des marchés financiers ou par une convention-cadre et cela, nonobstant les dispositions du droit des procédures collectives » (E. CHVIKA, *Droit privé et procédures collectives*, op. cit., p. 147, n° 159) ; *adde* A.-V. DELOZIÈRE-LE FUR, *La compensation dite multilatérale*, op. cit., pp. 46 et 48, n°s 32 et 33, qui s'étend sur les différentes significations du terme netting ; enfin, voy. *infra* n°s 127 et s.

(647) « [...] les conventions de netting sont des conventions qui mettent en place un processus de compensation conventionnelle d'obligations réciproques entre deux ou plusieurs parties permettant de dégager un montant « net à payer par une partie à l'autre, à savoir le solde issu de la compensation ayant provoqué l'extinction des obligations à concurrence de la dette la moins élevée. Ces conventions de netting sont souvent assorties d'une clause dites [*sic*] de « close out » consistant dans une condition résolutoire expresse provoquant la résolution des *contrats ou opérations à terme*, lorsque survient un événement (lié à la défaillance) déclenchant le processus de compensation et destinée [*sic*] à englober dans ce processus toutes les obligations non encore exigibles » (Projet de loi relatif aux sûretés financières, *Doc. parl.* Ch. repr., n° 51-1407/001, p. 27 ; nous soulignons) ; le commentaire de l'article précise par ailleurs que la référence à la novation a pour but d'également appréhender les conventions de netting conclues sous un droit étranger qui recourt à la technique de la novation.

les conventions de netting, d'autre part. Au contraire, ces dispositions opèrent une césure entre eux. Ensuite, les termes usités dans les articles 3, 4°, et 14 de la loi sont très extensifs. En troisième lieu, les travaux préparatoires font expressément état d'une « extension du champ d'application *ratione personae* en dehors du secteur financier » et d'une faveur du règlement européen n° 1346/2000 à l'égard de la compensation, sans préjudice des lois protectrices, mais en faveur du consommateur seulement⁽⁶⁴⁸⁾. Si une telle interprétation s'impose, l'efficacité de la compensation conventionnelle nonobstant concours ne connaîtra aucune limite *ratione materiae* et *personae*. Ainsi, deux commerçants peuvent arrêter entre eux pareille convention et la rendre opposable nonobstant la survenance ultérieure d'un concours, quelle que soit sa forme⁽⁶⁴⁹⁾. D'autre part, les créances dont l'article 14 permet la compensation ne sont pas limitées à la monnaie scripturale ou aux instruments financiers.

À nos yeux, nonobstant le caractère critiquable de cette intervention législative sur lequel nous reviendrons, cette seconde interprétation doit l'emporter⁽⁶⁵⁰⁾.

102. Écartement des effets du concours et protection renforcée. L'intention est très nette, dans le commentaire de l'article 14, d'écarter les « articles 16 à 26 de la loi sur les faillites [...], 28 de la loi relative au concordat judiciaire et plus généralement [...] l'article 1298 du Code civil »⁽⁶⁵¹⁾. Et les travaux préparatoires de préciser que « la seule condition à l'efficacité du netting prévue par la disposition consiste dans l'existence des dettes et créances à compenser ou à nover au moment de la survenance de la procédure d'insolvabilité, de la saisie ou d'une situation de concours et ce, quels que soient la date de leur exigibilité, leur objet ou la monnaie dans laquelle elles sont libellées »⁽⁶⁵²⁾. Rappelons que l'article 14 écarte également l'application de l'article 1295 du Code civil⁽⁶⁵³⁾.

(648) Projet de loi relatif aux sûretés financières, *Doc. parl.*, Ch. repr., n° 51-1407/01, p. 33 à 35.

(649) En ce sens et à juste titre, V. SAGAERT et H. SEELDRAYERS, « De wet financiële zekerheden », *op. cit.*, p. 1541, n° 68.

(650) En ce sens, V. SAGAERT et H. SEELDRAYERS, « De wet financiële zekerheden », *op. cit.*, p. 1541, n° 70 ; A. ZENNER et I. PEETERS, « Faillite et compensation : une révolution copernicienne », *op. cit.*, p. 334.

(651) Projet de loi relatif aux sûretés financières, *Doc. parl.* Ch. repr., n° 51-1407/001, p. 45.

(652) *Ibid.* ; sur cette condition d'existence, voy. V. SAGAERT et H. SEELDRAYERS, « De wet financiële zekerheden », *op. cit.*, p. 1542, n° 73, qui en déduisent que les dettes de masse ne tombent pas dans le prescrit légal.

(653) Nonobstant le caractère fondamentalement dérogoire à tous les principes que nous avons exposés, une partie de la doctrine préconise une interprétation large de la notion de cession : « Een richtlijnconforme interpretatie noopt overigens tot een ruime interpretatie van het begrip 'overdracht', met inbegrip van beslag of enige andere vorm van overgang (delegatie, persoonlijke subrogatie, rechtstreekse vordering) » (V. SAGAERT et H. SEELDRAYERS, « De wet financiële zekerheden », *op. cit.*, p. 1543, n° 75).

L'article 15 de la loi confirme l'efficacité des conventions de netting tout en la subordonnant à la condition, également d'application pour les conventions constitutives de sûreté réelle, que « 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, [que] la contrepartie [puisse] 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 ».

Enfin, l'article 16, § 3, complète l'intégrité des conventions de netting en écartant l'application des dispositions que la loi sur les faillites consacre aux opérations intervenues durant la période suspecte : « Sans préjudice de l'article 20 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, les articles 17, 2°, et 18 de cette loi ne sont pas applicables en ce qui concerne les conventions de netting et les paiements, opérations et actes effectués en exécution de ces conventions ainsi que leurs modalités consistant dans des clauses et conditions résolutoires ou de déchéance du terme stipulées pour permettre la novation ou la compensation ». L'action paulienne particulière à la faillite est ainsi maintenue dans son principe.

103. En résumé. Ainsi, les articles 14 à 16 de la loi du 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières modifient de façon fondamentale le sort de la compensation en cas de survenance d'une mesure de recouvrement portant sur une des créances en jeu. Par ces dispositions, dont les rédacteurs n'étaient nullement liés à cet égard par le droit européen, il s'est agi de permettre à deux personnes, physiques ou morales, d'affecter leurs créances et dettes réciproques à la satisfaction de celles-ci et d'assurer l'opposabilité de cette affectation nonobstant la survenance d'une saisie, d'une faillite, d'un concordat ou d'un règlement collectif de dettes. L'existence d'une connexité entre ces rapports de droits respectifs n'est plus de rigueur.

La loi du 15 décembre 2004 est entrée en vigueur le 1^{er} février 2005. Aux termes de son article 73, alinéa 2, les dispositions régissant les conventions de netting s'appliquent aux conventions conclues antérieurement au 1^{er} février 2005, sous réserve de l'hypothèse où des « procédures d'insolvabilité, situations de concours ou saisies » auraient figé la situation patrimoniale d'un des partenaires avant cette date.

Certes, le législateur conserve la liberté de protéger le consommateur, dont le sort est expressément réservé par l'article 2 de la loi du 15 décembre 2004. Telle a semblé être son intention dans un projet d'arrêté royal concernant les conditions contractuelles des établissements de crédit. Ce projet contient en effet une disposition limitant le pouvoir des établissements de crédit de compenser les soldes de comptes

bancaires différents. Eu égard à son objet, nous examinerons cette disposition en projet dans la seconde partie de notre recherche ⁽⁶⁵⁴⁾.

104. Le fisc n'est pas en reste. Charité bien ordonnée commence par soi-même. L'État belge qui, par l'office de son ministre des Finances, transposa de la façon que nous venons de voir la directive « collatérale », aurait eu bien tort de perdre le proverbe de vue. Aussi la loi-programme du 27 décembre 2004, en son article 334, écarte-t-elle également la loi du concours en ce qui concerne les compensations à son profit ⁽⁶⁵⁵⁾.

Aux termes de cette disposition, « toute somme à restituer ou à payer à un redevable dans le cadre de l'application des dispositions légales en matière d'impôts sur les revenus et de taxes y assimilées, de taxe sur la valeur ajoutée ou en vertu des règles du droit civil relatives à la répétition de l'indu peut être affectée sans formalités par le fonctionnaire compétent au paiement des précomptes, des impôts sur les revenus, des taxes y assimilées, de la taxe sur la valeur ajoutée, en principal, additionnels et accroissements, des amendes administratives ou fiscales, des intérêts et des frais dus par ce redevable, lorsque ces derniers ne sont pas ou plus contestés. L'alinéa précédent reste applicable en cas de saisie, de cession, de situation de concours ou de procédure d'insolvabilité ».

Entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2005, cette disposition a très rapidement donné lieu à une question préjudicielle devant la Cour d'arbitrage. Par une ordonnance du 19 janvier 2005, prononcée en matière de règlement collectif de dettes, le juge des saisies de Neufchâteau, constatant que « les dispositions de l'article 334, alinéa 2, de la loi-programme du 27 décembre 2004, applicables à partir du 1^{er} janvier 2005, dérogent aux articles 1675/7 et 1675/9, § 1^{er}, 4^o, du Code judiciaire, en ce qu'elles permettent à l'État belge, Administration des contributions directes, d'affecter un crédit d'impôt sans formalité au paiement de dettes fiscales en principal et intérêts, en méconnaissance de la loi du concours que doivent subir les autres créanciers », a interrogé la Cour d'arbitrage si « l'article 334, alinéa 2, de la loi-programme du 27 décembre 2004, lu en combinaison avec les articles 1675/7 et 1675/9, § 1^{er}, 4^o, du Code judiciaire crée-t-il une discrimination au sens des articles 10 et 11 de la Constitution ? » ⁽⁶⁵⁶⁾.

Quelques mois plus tard, le juge des saisies de Malines a également recouru au renvoi préjudiciel à la Cour d'arbitrage, en sollicitant

(654) Voy. *infra*, n° 391.

(655) Loi-programme (1) du 27 décembre 2004, *M.B.*, 31 déc. 2004, 2^e éd. ; pour un aperçu d'ensemble de la compensation en relation avec le fisc, voy. J. KIRKPATRICK, « La compensation entre les dettes d'impôts et les créances de restitution d'impôts de même nature », in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruylant, 2000, pp. 157 à s., qui n'aborde cependant pas la question des droits des tiers.

(656) *M.B.*, 25 mai 2005.

de cette dernière la réponse à la question si l'article 334 précité viole « les articles 11 et 12 de la Constitution, en tant qu'il permet la compensation de créances fiscales, nonobstant l'existence d'une situation de saisie, de cession, de concours ou de procédure d'insolvabilité, en ce que cette disposition législative, plus précisément dans le cadre de la procédure du règlement collectif des dettes, établit une distinction injustifiée entre les créanciers respectifs, dès lors que les autres créanciers, chirographaires, mais également privilégiés et les titulaires de sûretés réelles, n'ont pas cette possibilité et ne sont indemnisés qu'au marc le franc ? » ⁽⁶⁵⁷⁾.

105. Qu'en penser ? « En ces temps difficiles pour les créanciers, le meilleur moyen d'être payé est encore sans doute d'être [...] débiteur de son débiteur » ⁽⁶⁵⁸⁾. La belle formule du professeur Mestre n'a jamais été si vraie. Les articles 14 et suivants de la loi du 15 décembre 2004 et 334 de la loi-programme du 27 décembre 2004 participent actuellement du droit positif. Néanmoins, le fait accompli n'interdit pas de penser, comme on l'a récemment rappelé ⁽⁶⁵⁹⁾.

Selon M. Bossu, le principe d'égalité n'est pas une loi des Mèdes et des Perses, mais une norme qui doit être savamment agencée avec d'autres objectifs, tels la stabilité du système financier et un fonctionnement satisfaisant de l'octroi du crédit et de la gestion des risques ⁽⁶⁶⁰⁾. Nous souscrivons à cette position. Mais la question de savoir si l'agencement opéré par cette loi est équilibré reçoit, selon nous, une réponse négative, pour différentes raisons.

Tout d'abord, d'un point de vue général et légistique, on regrettera, une fois de plus, que l'élaboration de la loi du 15 décembre 2004 n'ait pas pris en considération son intégration dans le système juridique environnant. Quel est encore, lorsqu'est en cause une compensation conventionnelle, le champ d'application de l'article 1298 du Code civil, qui n'a pas été abrogé, alors que la doctrine écrit que le nouveau régime

(657) M.B., 27 oct. 2005, 2^e éd. ; nous supposons que la référence à l'article 12 de la Constitution est une erreur de plume ; sans préjudice de notre conviction quant aux critiques qui peuvent être opposées aux prérogatives exorbitantes déduites de l'article 334 et de la loi du 15 décembre 2004, ces dernières ne nous paraissent heureusement pas porter atteinte à la liberté individuelle...

(658) J. MESTRE, « Jurisprudence française en matière de droit civil — Obligations et contrats spéciaux », *Rev. trim. dr. civ.*, 1987, pp. 103 et s., sp. p. 139, n° 18.

(659) L. FRANÇOIS, « Le recours à une philosophie du droit dans la motivation de décisions juridictionnelles », *J.T.*, 2005, pp. 261 et s., sp. p. 263, n° 8.

(660) W. BOSSU, « De richtlijn betreffende financiëlezekerheidsovereenkomsten : inhoudelijke analyse », *op. cit.*, p. 261, n° 95 ; *adde* V. SAGAERT et H. SEELDRAYERS, « De wet financiële zekerheden », *op. cit.*, p. 1550, n° 94, qui écrivent que la loi a fait trembler sur leur fondement certains dogmes du droit des sûretés et de l'insolvabilité.

« est appelé à devenir le droit commun en la matière » ⁽⁶⁶¹⁾ ? Au passage, déplorons vivement l'emploi d'une terminologie financière derrière laquelle se cache, sciemment ou non, une réforme d'une telle importance pour le crédit quotidien.

En deuxième lieu, quant au fond du problème, la teneur des articles 14 et suivants de la loi du 15 décembre 2004 est à nos yeux sujette à critiques. À n'en pas douter, les principaux bénéficiaires de cette réforme seront *de facto* les établissements de crédit. Nous ne sommes à cet égard guère convaincu par les propos réconfortants selon lesquels le législateur a opté, dans la loi du 15 décembre 2004, « pour une vision dans laquelle l'objectif ne doit plus être le partage égal entre créanciers des pertes de leurs débiteur, mais l'octroi de chances égales aux entreprises pour se prémunir elles-mêmes, ainsi que leurs travailleurs et leurs créanciers, des conséquences préjudiciables de la défaillance de leurs débiteurs » ⁽⁶⁶²⁾. Chances égales distribuées avec parcimonie, en effet, que celles réservées aux créanciers qui sont également débiteurs de leur partenaire en difficulté ⁽⁶⁶³⁾.

Est-il inconvenant de s'interroger sur le point de savoir si une cause légitime de préférence peut résider dans le fait, pour un créancier, d'être également le dépositaire du patrimoine incorporel de son débiteur, représentant la plupart du temps les revenus de son travail ou de ses activités ? La faveur qui leur est réservée nous paraît disproportionnée en ce qu'elle est intimement liée à l'objet même de l'activité des établissements de crédit. En vertu de l'article 4 de la loi du 22 mars 1993, en effet, les établissements de crédit jouissent d'un monopole pour recevoir les dépôts d'argent. En un mot, l'établissement de crédit est « dépositaire de fonds par essence » ⁽⁶⁶⁴⁾.

À l'aube du chapitre de sa thèse consacré à l'éviction partielle du droit commun des procédures collectives au profit des établissements de crédit, M. Chvika s'est interrogé en ces termes sur les justifications fondamentales de cette dérogation : « Il n'est pas bon de multiplier les statuts particuliers, non seulement parce que cela pose des problèmes de frontières avec le droit commun, mais également parce que les entrepri-

(661) A. ZENNER et I. PEETERS, « Faillite et compensation : une révolution copernicienne », *op. cit.*, p. 334.

(662) A. ZENNER et C. ALTER, « Faillite et contrats en cours : faculté de ne pas poursuivre l'exécution ou droit de résiliation dans le chef du curateur ? », *op. cit.*, p. 253 ; voy. ég. A. ZENNER et I. PEETERS, « Faillite et compensation : une révolution copernicienne », *op. cit.*, p. 336.

(663) Dans un article de presse exposant les avantages de la compensation conventionnelle promue par la loi du 15 décembre 2004, un avocat estime que « c'est une loi encore méconnue mais elle aura un impact important. On peut même se demander s'il ne s'agit pas d'une erreur de la part du législateur » (*La Libre Entreprise*, 18 juin 2005, p. 15).

(664) A.-M. STRANART, « La saisie-arrêt entre les mains d'un avocat », *J.T.*, 1985, pp. 693 et s., sp. p. 695, n° 8.

ses bancaires sont des entreprises comme les autres et que l'on pourrait craindre que si l'on accorde un statut particulier aux entreprises bancaires, d'autres professionnels demandent également le bénéfice d'un statut particulier » ⁽⁶⁶⁵⁾.

En d'autres termes, que, pour des raisons d'intérêt de la collectivité des acteurs économiques ⁽⁶⁶⁶⁾, il s'avère nécessaire de déroger au principe d'égalité dans la sphère bancaire et financière est une chose ⁽⁶⁶⁷⁾. Que ces dérogations s'écartent de cette sphère pour envahir les relations entre établissements de crédit et simples commerçants ou particuliers en est une autre, qui nous paraît contestable ⁽⁶⁶⁸⁾. Pour rappel, la directive dite « collatérale » n'imposait aucunement d'étendre hors des transactions financières et interbancaires le régime de « close-out netting » ⁽⁶⁶⁹⁾. Il est significatif de constater que la France n'a pas jugé opportun d'étendre le champ d'application *ratione personae* de la norme européenne ⁽⁶⁷⁰⁾.

Certes, le droit est devenu un « instrument concurrentiel majeur » pour les places financières ⁽⁶⁷¹⁾, mais est-il vraiment nécessaire de

(665) E. CHVIKA, *Droit privé et procédures collectives*, op. cit., p. 103, n° 113.

(666) « Sur les marchés financiers et interbancaires, l'intérêt de recourir au mécanisme de simplification des paiements par versement d'un solde unique n'est pas spécifique aux titulaires des obligations enchevêtrées initialement stipulées mais correspond à celui de l'ensemble des acteurs économiques. En effet, le recours à un procédé de simplification des paiements par versement d'un solde unique, du reste imposé sur les marchés financiers réglementés, répond avant tout à un souci de sécurité et de fluidité des marchés » (A.-V. DELOZIÈRE-LE FUR, *La compensation dite multilatérale*, op. cit., p. 133, n° 148).

(667) E. CHVIKA, *Droit privé et procédures collectives*, op. cit., p. 123, n° 129 ; voy. ég. L. DABIN, « La constitution de « places fortes financières » en droit commun », in *Liber amicorum Lucien Simont*, Bruylant, 2002, pp. 579 et s.

(668) Dans un domaine différent du nôtre, mais où des idées similaires sont avancées pour améliorer l'efficacité des marchés de capitaux, voy. D. CARAMALLI et E. CAFRITZ, « Le mythe du capital social. Le bien-fondé d'une réforme », *Banque et droit*, 2004, n° 94, pp. 3 et s.

(669) En droit français, Mme Delozière-Le Fur s'interroge ainsi sur un éventuel recours à ce mécanisme entre établissements de crédit et sociétés commerciales : « Le close-out netting devrait pouvoir être invoqué par un établissement bancaire dans ses relations avec des sociétés commerciales. L'interprétation littérale de l'article L431-7 alinéa 1^{er} autorise l'élargissement de la protection légale à de telles opérations, ce qui reste cependant incertain. En effet, puisqu'il ne s'agit plus de réduire le risque systémique, un tel élargissement serait contraire à la volonté du législateur » (A.-V. DELOZIÈRE-LE FUR, *La compensation dite multilatérale*, op. cit., p. 328, n° 475).

(670) Voy. ainsi l'article 431-7 du Code monétaire et financier français tel que modifié par l'ordonnance n° 2005-171 du 24 février 2005 simplifiant les procédures de constitution et de réalisation des contrats de garantie financière (*J.O.*, 24 févr. 2005, *D.*, 2005, pp. 630 à 632) ; *adde* X, « Transposition de la directive 'contrats de garantie financière' (ordonnance du 24 février 2005) », *D.*, 2005, pp. 634 et s.

(671) A. FRISON-ROCHE, « Le cadre juridique de la mondialisation des marchés financiers », *Banque et droit*, 1995, n° 41, p. 46, n° 12, cité par E. CHVIKA, *Droit privé et procédures collectives*, op. cit., p. 142, n° 153 ; le rapport publié en 2003 par l'association belge des banques, devenue, le 1^{er} janvier 2005, l'Association belge des banques et des sociétés de bourse, insiste sur le besoin essentiel de compétitivité de la place financière : « Certaines activités financières sont devenues de plus en plus difficiles à exercer dans notre pays faute d'un régime fiscal adéquat concernant par exemple les prêts de titres, les cessions-rétrocessions ou les garanties » (Association belge des banques, *La banque dans la société*, Rapport 2003, pp. 2 et 3).

détruire toute norme de droit commun ? Le constat des ambitions conquérantes du droit financier a d'ailleurs été fait dans d'autres domaines que notre champ d'investigation⁽⁶⁷²⁾. Si l'on a pu écrire que « ce que le droit commercial en général, et le droit des procédures collectives en particulier, ont apporté au droit civil, c'est l'introduction de la logique économique dans les raisonnements civilistes »⁽⁶⁷³⁾, il ne faudrait pas que le droit financier substitue à cette logique celle de quelques-uns seulement des acteurs de cette économie, sans considération d'ensemble de ce droit si souvent insatisfaisant qu'est celui des sûretés⁽⁶⁷⁴⁾. La sage interrogation de MM. T'Kint et Derijcke, émise à propos de la directive elle-même, quant à l'existence d'un « certain dogmatisme » dans cette matière, nous paraît valoir *a fortiori* en ce qui concerne la loi du 15 décembre 2004⁽⁶⁷⁵⁾. Comme il en va pour la théorie économique de la justice, il ne peut s'agir d'ériger des principes *a priori* ou absolus⁽⁶⁷⁶⁾.

À l'évidence, d'autres occasions ne manqueront évidemment pas de réclamer à nouveau l'écartement des règles du concours⁽⁶⁷⁷⁾. Nous ne

(672) Ainsi, voy. le titre éloquent du thème choisi par le professeur K. GEENS pour les cours qu'il a dispensés dans le cadre de la chaire Francqui au titre belge 2004-2005 à l'Université libre de Bruxelles : « L'offre publique d'échange du droit financier sur le droit des sociétés ».

(673) C. BRUNETTI-PONS, « La spécificité du régime des contrats en cours dans les procédures collectives », *op. cit.*, p. 787, n° 5.

(674) Voy. M.-E. ANCEL, « Le droit français des sûretés réelles en quête d'un second souffle », *Banque et droit*, 2004, n° 97, pp. 3 et s. ; sur l'influence des contingences économiques à l'échelon mondial dans d'autres domaines que celui du crédit, voy. D. GUILLERM, « L'évolution du droit et la part du juge », *Droit et procédures*, 2005, n° 2, pp. 42 et 43, rapportant les propos du premier président de la Cour de cassation de France, M. Canivet, lors de l'audience solennelle de cette Cour.

(675) « La directive part d'un objectif précis : assurer la sécurité des transactions financières et, particulièrement, des contrats de garantie qui les appuient. Un tel objectif suppose une balance des intérêts. Dans l'esprit des auteurs de la directive, 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 politique. Deux observations peuvent néanmoins être faites. La première remarque se greffe sur le constat du primat politique donné à la sécurité des transactions financières internationales. L'hypothèse de la pertinence économique de ce choix n'est pas absurde. Elle n'a cependant pas la force de l'évidence. Or le législateur européen, s'il a soumis la Directive à une nécessaire évaluation pour le 27 décembre 2006 au plus tard, a insisté surtout sur quelques aspects techniques et non sur la pertinence même du système mis en place. Cette approche pourrait s'interpréter comme l'indice d'un certain dogmatisme en la matière » (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 », *Eurelia*, 2003, pp. 41 et s., sp. p. 57, n° 23).

(676) G. de LEVAL, « Un Code judiciaire très changeant », in *Liber Amicorum Guy Horsmans*, Bruylant, 2004, pp. 349 et s., sp. p. 361.

(677) Ainsi, la reconnaissance des « titres de créances privilégiés » sera peut-être une nouvelle occasion d'écartement des règles du concours : « Les titres de créances privilégiés (auparavant lettres de gage, de l'allemand *Pfandbriefe*) sont des instruments (obligations et titres de créances à court terme) émis par des établissements de crédit spécialisés et pour lesquels l'investisseur se voit attribuer un privilège particulier sur les actifs sous-jacents (immeubles ou titres de la dette publique par exemple)... Un autre point important concerne le règlement en cas de faillite. Comme dans tous les cadres légaux européens pour des produits de ce type, le projet de texte prévoit la possibilité, dans certains cas, de s'écarter du droit général en matière de faillites. Ces dispositions sont nécessaires pour protéger le privilège de l'investisseur. Sans protection sûre des investisseurs, le futur produit risque bien entendu de passer à côté d'une bonne cotation. C'est pourquoi le secteur demande que les agences de notation soient impliquées dans la finalisation des textes » (*Rapport de l'Association belge des banques*, 2004, p. 24).

sommes pas les seuls à penser qu'il s'agit là d'une dérive préoccupante⁽⁶⁷⁸⁾, témoignant d'une réflexion insuffisante sur l'équilibre au sein du système juridique, dans la matière du crédit et dans d'autres⁽⁶⁷⁹⁾. Dans une étude parue peu de temps avant la publication au *Journal officiel* de la directive « collatérale », MM. Delpérée et Siaens exprimaient leur réserve à son égard⁽⁶⁸⁰⁾. Comme l'a écrit un des ses plus éminents spécialistes, « en matière de crédit tout excès génère d'autres excès »⁽⁶⁸¹⁾.

Dès lors, à nos yeux, il n'y a pas de justification objective à la discrimination dont pâtiront les autres créanciers ayant provoqué une mesure d'emprise sur les avoirs bancaires ou y prenant part. À tout le moins, l'intervention législative n'est-elle pas proportionnée. Une invalidation de la norme par la Cour d'arbitrage nous paraît, dès lors, envisageable. Même si elle est, dans une certaine mesure, contradictoire avec le but de la sûreté, la solidarité du tissu social confronté à l'endettement est une réalité incontestable qu'il revient de réguler avec soin⁽⁶⁸²⁾. À titre d'illustration, on peut faire ce constat assez paradoxal que ceux à qui la loi elle-même réserve un privilège en raison de la grande importance qu'elle attache à leur créance ne jouissent aucunement des avantages

(678) E. CHVIKA, *Droit privé et procédures collectives*, op. cit., p. 143, n° 153.

(679) Sur l'administration de la justice, voy. les pénétrantes observations de L. CADIET, « Efficience versus équité ? », in *Mélanges Jacques van Compernelle*, Bruylant, 2004, pp. 25 et s.

(680) « L'importance du principe d'égalité, notamment dans le droit de la faillite, a été, à notre sens, sous-estimée lors de l'établissement, en décembre 2001, d'une directive européenne relative aux contrats de garantie financière. Cette directive instaure une sûreté au profit des organismes financiers par la mise en gage de valeurs enregistrées sur des comptes détenus par plusieurs intermédiaires. Elle autorise la constitution d'une telle sûreté en période suspecte, en faisant peser la charge de la preuve d'une quelconque fraude sur le curateur. Elle considère l'inscription en compte comme valant dépossession. De plus, la directive reconnaît la validité de clauses contractuelles par lesquelles la garantie financière se constitue en cas de demande de concordat et d'aveu de faillite. Le créancier détenteur d'une telle sûreté n'est pas soumis à la vérification des créances par le curateur. Il a le droit de la réaliser sans contrôle d'un tribunal. Le principe d'égalité entre créanciers n'est-il pas méconnu à cette occasion ? Il peut paraître louable de protéger les fonds qui sont octroyés par les établissements de crédit. Faut-il néanmoins le faire au péril des intérêts des autres créanciers, surtout si certains de ceux-ci risquent, à leur tour, de basculer dans la faillite ? » (F. DELPÉRÉE et J. SIAENS, « L'égalité à la rencontre du droit constitutionnel et du droit commercial », in *Faillite et concordat judiciaire : un droit aux contours incertains et aux interférences multiples*, Bruylant, Centre d'études Jean Renauld, 2002, pp. 299 et s., sp. pp. 319 et 320).

(681) Ph. SIMLER, « Rapport de synthèse », in *Les garanties de financement* (Journées portugaises), Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, L.G.D.J., t. XLVII, 1996, pp. 23 et s., sp. p. 31 ; l'équilibre de la norme doit également présider à l'arbitrage des intérêts divergents lorsqu'il s'agit de réglementer l'égalité des actionnaires (Y. DE CORDT, « L'égalité entre actionnaires », *Rev. prat. soc.*, 2003, n° 6881, pp. 105 et s., sp. pp. 124 à 128, n°s 15 à 18).

(682) « L'apurement des dettes induit donc nécessairement une obligation contributive pour les personnes en relations, même lointaines ou indirectes, avec le débiteur surendetté...Se manifeste à nouveau, à ce stade de l'analyse, une des composantes fondamentales du phénomène de l'endettement : son caractère collectif et globalisant » (A. REYGOBELLET, « Essai sur le concept juridique d'endettement des entreprises », op. cit., p. 375, n° 89).

réservés aux partenaires contractuels d'un débiteur⁽⁶⁸³⁾. Ne parlons même pas des créances chirographaires quasi délictuelles ou de toute autre créance dépourvue de la moindre garantie.

Mutatis mutandis, notre opinion s'applique également à l'article 334 de la loi-programme, qui réserve une situation similairement favorable au fisc. Une nuance s'impose néanmoins : contrairement aux établissements de crédit et sous réserve du mécanisme de la T.V.A., l'État n'a pas vocation essentielle à être débiteur du contribuable. Il n'en reste pas moins que l'avantage consenti au fisc est préoccupant : nous avons précédemment souligné que l'application de cette disposition en matière de règlement collectif de dettes est à l'origine de deux questions préjudicielles posées à la Cour d'arbitrage⁽⁶⁸⁴⁾.

En troisième lieu, le moins que l'on puisse dire est que la mode ne paraît plus être au redressement des entreprises, qui inspira en 1985 la France — de façon certainement excessive pour ce qui la concerne — et en 1997 la Belgique. Les droits des créanciers, ou plus justement de certains créanciers, connaissent les faveurs du législateur. La matière connaît le mouvement de balancier qui lui est caractéristique, laissant l'interprète désemparé⁽⁶⁸⁵⁾. On peut craindre que tout redressement ou toute reprise d'activités soient rendus impossibles si tel n'est pas le bon vouloir de l'organisme de crédit, dont on consacre désormais le droit à se servir en priorité⁽⁶⁸⁶⁾. N'est-il pas choquant d'épargner aux établissements de crédit, dotés de services économiques et financiers aguerris, une contribution à l'effort collectif qu'impliquent les procédures de redressement. M. Théry posait récemment la question de savoir si le « temps du repli » est venu pour les procédures collectives, « à lire ces lois qui, par un souci d'efficacité économique, épargnent à certains créanciers les fourches caudines des procédures collectives »⁽⁶⁸⁷⁾.

(683) Selon la doctrine, la technique du privilège consiste en ce que « la loi présume que certaines créances méritent une faveur particulière pour des raisons d'humanité, d'équité, d'intérêt public, d'équilibre budgétaire des organismes publics ou d'intérêt public, ou en considération de divers facteurs économiques ou sociaux » (M. GRÉGOIRE, « Privilèges mobiliers », *op. cit.*, sp. p. 378, n° 2).

(684) Voy. *supra*, n° 104.

(685) Des incohérences peuvent également survenir en raison de la politique législative sectorielle de la Commission européenne ; sur ce point, voy. J.-P. DEGUÉE, « La directive 2001/24/CE sur l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit : enfin un droit international privé uniforme des procédures d'insolvabilité en matière bancaire ! », in *Sûretés bancaires et financières*, *op. cit.*, p. 225, n° 44, qui écrit justement : « les difficultés d'interprétation découl[ent] du fait qu'une même matière se trouve régie par une série de directives distinctes (directives 98/26/CE, 2001/17/CE, 2001/24/CE, 2002/47/CE auxquelles on doit ajouter le règlement 1346/2000/CE) dont les champs d'application *ratione personae* et *materiae* diffèrent à chaque fois ».

(686) Les auteurs favorables à la loi du 15 décembre 2004 le concèdent : « Een mogelijke kritiek is dat de Wet, zonder het te expliciteren, talrijke regelen uit het goederen- en insolventierecht terzijde schuift. Aldus ondermijnt de Wet in grote mate de — al niet overdreven grote — efficiëntie van het gerechtelijk akkoord » (V. SAGAERT et H. SEELDRAEYERS, « De wet financiële zekerheden », *op. cit.*, p. 1550, n° 96).

(687) Ph. THÉRY, « Le sort de la créance d'aliments dans les procédures collectives », in *Mélanges Jean Buffet — La procédure en tous ses états*, Petites Affiches, 2004, pp. 433 et s., sp. p. 443.

« Pressé par un environnement international concurrentiel, le législateur a dû fournir des moyens nouveaux à la pratique et il l'a fait sans toujours réfléchir en profondeur sur la conservation des équilibres généraux du droit »⁽⁶⁸⁸⁾. Écrits il y a quinze ans, ces propos restent d'actualité. Il faut croire que le législateur belge s'est particulièrement préoccupé de ce que « le crédit reste, dans les banques, l'argent des autres »⁽⁶⁸⁹⁾. Tout comme, à un autre extrême, il serait inconcevable que soit retenue la responsabilité d'un organisme de crédit par le simple fait qu'il a contribué à financer une entreprise défailillante, ou que soient consacrés et le droit de ne pas payer ses dettes et l'abolissement des sûretés personnelles⁽⁶⁹⁰⁾, il n'est pas raisonnable que soit niée « l'irréductible incertitude s'attachant à toute opération de crédit »⁽⁶⁹¹⁾. Est-il chimérique de rappeler le législateur à quelque rationalité, dans ce domaine comme dans d'autres ?

Sous-section 3

Les causes légitimes de préférence

106. Prise en compte lors de la distribution. Si la créance saisie constitue l'assiette d'une cause de préférence dont les conditions d'opposabilité aux tiers ont été respectées, l'huissier de justice entre les mains duquel les fonds auront été versés accordera priorité au titulaire de cette cause de préférence⁽⁶⁹²⁾. En cas de contestation sur le rang accordé à un

(688) A. COURET, « Innovation financière et règle de droit », *D.*, 1990, Chron., p. 135, également cité par A.-V. DELOZIÈRE-LE FUR, La compensation dite multilatérale, *op. cit.*, p. 49, n° 36, note 121.

(689) D. BOUCHERY, « Recouvrement des créances bancaires : quel bilan ? », *Banque et droit*, 2001, n° 77, pp. 15 et s., sp. p. 19 ; voy. ég. A. REYGROBELLET, « Essai sur le concept juridique d'endettement des entreprises », *Rev. trim. dr. comm.*, 2001, pp. 315 et s., sp. pp. 334 à 336, n°s 25 à 28, qui relève la tendance de la pratique bancaire à la globalisation de la dette : « C'est [...] un ensemble indéterminé de créances qui vient garantir un encours global de dettes, une ligne de crédit maximale ».

(690) On pense ici à l'impact de l'excusabilité du failli sur le sort des cautions ; sur ce point, voy. les pénétrantes observations de Chr. BIQUET-MATHIEU, « Faillite et règlement collectif des dettes : pour une approche rationnelle des mesures de clémence », in *Liber amicorum Michel Coipel*, Kluwer, 2004, pp. 191 et s. ; sur cette délicate question, voy. la dernière réforme en date du régime de l'excusabilité intervenue suite à la promulgation de la loi du 20 juillet 2005 modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, et portant des dispositions fiscales diverses (*M.B.*, 28 juill. 2005).

(691) A. REYGROBELLET, « Essai sur le concept juridique d'endettement des entreprises », *Rev. trim. dr. comm.*, 2001, pp. 315 et s., sp. pp. 379 à 384, n°s 93 à 99.

(692) À propos de l'hypothèse d'une créance mise en gage, M. Dirix écrit que le créancier gagiste qui jouit, légalement ou conventionnellement, de la faculté de percevoir la créance engagée, peut s'en prévaloir malgré la saisie et rétrocéder l'éventuel excédent à l'huissier instrumentant (E. DIRIX, « Gage de créances », in *Privilèges et hypothèques*, Kluwer, 2002, p. 19, n° 23) ; à nos yeux, la répartition doit être confiée dans son intégralité à l'huissier de justice ; autre est la question du mode de « réalisation du gage », lorsque c'est le créancier gagiste lui-même qui prétend au bénéfice de la créance engagée ; la grande majorité de la doctrine « imagine mal », ou estime « surréaliste » le recours à la procédure de réalisation judiciaire prévues aux articles 2078 du Code civil et 4 de la loi

créancier, le juge des saisies tranchera la question dans le cadre de la procédure ouverte par le contredit introduit par tout intéressé⁽⁶⁹³⁾.

107. Délimitation de nos développements. Les exceptions au principe de la répartition au marc le franc sont, selon les termes de l'article 9 de la loi hypothécaire, les privilèges et hypothèques. Cette dernière forme de sûreté est étrangère à notre propos. Par ailleurs, on sait que l'article 9 précité est lacunaire, ou en tout cas elliptique, en ce qu'il ne vise pas expressément la figure du gage. Lorsque le bien sur lequel s'exerce la poursuite du ou des créanciers est une créance, les causes légitimes de préférence sont le nantissement de créance, le gage sur fonds de commerce et les différents privilèges qui ont pour objet une créance.

Quant au gage sur fonds de commerce, rappelons simplement que l'assiette de cette garantie s'étend aux créances pourvu qu'une clause de l'acte qui le constitue le prévoie⁽⁶⁹⁴⁾. Parmi les privilèges susceptibles de grever une créance, on recense les nombreux privilèges généraux sur meubles⁽⁶⁹⁵⁾ et certains privilèges spéciaux, tels, principalement, le privilège des frais de conservation⁽⁶⁹⁶⁾, le privilège de la victime d'accident⁽⁶⁹⁷⁾ et le privilège du sous-traitant⁽⁶⁹⁸⁾. Dans le cadre de notre

du 5 mai 1872 et prône la perception directe par le créancier gagiste de la créance engagée à son échéance (Fr. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, op. cit., pp. 156 et 157, n° 296 ; Ch.-Gh. WINANDY, « La mise en gage de comptes bancaires, de comptes titres et de titres dématérialisés », op. cit., pp. 148 à 151, n°s 34 à 38) ; nous verrons dans la seconde partie de notre recherche que ces voix doctrinales ont été entendues et consacrées dans la loi du 15 décembre 2004, en ce qui concerne les instruments financiers et la monnaie scripturale ; voy. *infra*, n°s 374 et s.

(692) G. de LEVAL, « Distribution par contribution », *Rép. not.*, t. XIII, l. IV, titre IV, Larcier, 1986, pp. 27 à 29, n° 63 ; sur cette procédure, voy. ég. J. LINSMEAU, « La distribution par contribution et l'ordre », *R.P.D.B.*, Compl. VIII, Bruylant, 1995, pp. 758 et s.

(693) Cass. (1^{re} ch.), 6 nov. 1970, *Pas.*, 1971, I, p. 200, *R.C.J.B.*, 1972, pp. 320 et s. avec note M. FONTAINE, « L'inclusion des « créances, valeurs et espèces » dans la composition du fonds de commerce » ; pour une critique de cette inclusion, voy. I. MOREAU-MARGRÈVE, « Heurs et malheurs du gage sur fonds de commerce », note sous Cass. (1^{re} ch.), 8 avr. 1976, *R.C.J.B.*, 1980, pp. 121 et s., sp. pp. 131 à 140, n°s 4 à 9.

(694) Fr. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, op. cit., p. 199, n° 384 et pp. 197 à 217, n°s 381 à 217 ; voy. également les différentes contributions in *Privilèges et hypothèques*, ouvrage à feuillets mobiles, Kluwer.

(695) Article 20, 4°, de la loi hypothécaire ; Fr. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, op. cit., p. 262, n° 507 ; R. PARIJS, « Commentaire art. 20, 4° L. hyp. », in *Privilèges et hypothèques*, Kluwer, 1998, p. 6, n° 7.

(696) Article 20, 9°, de la loi hypothécaire ; remarquons que cet article dispose qu'« aucun paiement à l'assuré ne sera libératoire tant que les créanciers privilégiés n'auront pas été désintéressés » ; on a déduit, à nos yeux de façon superfétatoire, que ce texte organiserait une saisie-arrêt légale entre les mains de l'assureur au profit de la victime (Fr. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, op. cit., p. 275, n° 532) ; sur cette disposition, voy. E. DIRIX, « Commentaire art. 20, 9° L. hyp. », in *Privilèges et hypothèques*, Kluwer, 1998.

(697) Article 20, 12° (premier), de la loi hypothécaire ; sur ce privilège, voy. S. JACMAIN, « Commentaire art. 20, 12° L. hyp. », in *Privilèges et hypothèques*, op. cit., 2003.

recherche, seul l'engagement des créances *ut singuli* retiendra notre attention (§ 1^{er}). Bien qu'il soit naturel que l'essentiel de nos développements relatifs au nantissement de la monnaie scripturale se trouve dans la seconde partie de notre recherche, nous estimons important, au stade des principes que nous abordons ici, d'examiner en passant la question des différentes qualifications possibles de la remise d'une somme d'argent aux fins de garantie.

Dans un second paragraphe, nous examinerons brièvement la question controversée de savoir si une cession de créance à titre de garantie est admise dans notre droit, en ce qu'elle serait opposable à un ou plusieurs créanciers du cédant qui exerceraient une emprise sur l'actif cédé ⁽⁶⁹⁹⁾. Nous en dirons quelques mots (§ 2), annonceurs du sort particulier réservé à cet égard par la loi du 15 décembre 2004 aux instruments financiers et à la monnaie scripturale.

§ 1. Le nantissement de créances

108. Principes applicables. À côté des normes de droit commun que lui consacre le Code civil, le nantissement de créances connaît de nombreux régimes particuliers, qui y dérogent peu ou prou. Ainsi, on relève la loi du 5 mai 1872 sur le gage commercial, insérée sous le titre VI du livre premier du Code de commerce, la loi du 25 octobre 1919 en ce qu'elle régit l'endossement des factures ⁽⁷⁰⁰⁾, la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services ⁽⁷⁰¹⁾ et la loi du 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières ⁽⁷⁰²⁾.

(699) Il est *a priori* surprenant d'évoquer la possibilité pour un créancier d'appréhender dans le patrimoine d'un débiteur une créance qui ne s'y trouve plus pour avoir été cédée à un autre créancier ; en toute logique, la saisie devrait n'être qu'un coup d'épée dans l'eau ; sans préjuger du sort qu'il convient de réserver *de lege lata* à la cession fiduciaire à titre de garantie, ce serait néanmoins oublier que certains actes juridiques sont rendus inopposables au créancier saisissant ; la présence d'un tiers débiteur tenu à éclairer le saisissant quant à la situation exacte de la créance saisie permettra à celui-ci de porter l'éventuel débat devant le juge des saisies, qui décidera qui profitera *in fine* de la créance ou des fonds qui auront entre-temps été perçus ; il n'en va pas autrement lorsqu'il s'agit d'une faillite ou d'une liquidation de personne morale ; si le curateur ou le liquidateur entend s'opposer à une cession fiduciaire de créance, il assignera les différents protagonistes afin d'entendre dire pour droit si la masse contient ou non les créances litigieuses.

(700) Articles 13 et s. de la loi du 25 octobre 1919 ; sur cette législation, voy. M. GRÉGOIRE, « Les sûretés réelles et les privilèges — I^{re} partie (1975-1998) : le gage », *Rev. Banque*, 1998, p. 447 et s., sp. pp. 451 à 452, n° 7.

(701) Article 23 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services ; voy. A. CUYPERS et E. DIRIX, « Commentaire L. 3 janvier 1958 et L. 24 décembre 1993 », in *Privilèges et hypothèques*, Kluwer, 1999 ; A. VERBEKE, « Cessie en in pandgeving van vordering betreffende overheidsopdrachten », in *Formation permanente des huissiers de justice*, Story-Scientia, 1999, pp. 169 et s. ; comme on le sait, cette législation, d'inspiration fort ancienne, entend tenir compte de l'intérêt collectif à ce que les travaux publics aboutissent sans retard dû à des mesures d'exécution intempestives à charge de l'adjudicataire, tout en préservant les nécessités du crédit.

(702) Sur cette loi, voy. les références citées *supra*, lors de l'examen de son article 14 qui consacre l'opposabilité en cas de concours de la compensation conventionnelle.

Pour nous en tenir à l'essentiel, on rappellera que deux lois des 6 juillet 1994 et 12 décembre 1996 ont vidé la difficulté que posait l'exigence de dépossession propre au contrat de gage lorsqu'il s'agissait d'engager des créances par essence immatérielles⁽⁷⁰³⁾. Rien de surprenant puisque simultanément, le législateur entendait avant tout, comme nous l'avons souligné antérieurement, faciliter la mobilisation des créances par leur cession. Le caractère réel du contrat de gage a été maintenu⁽⁷⁰⁴⁾ ; cependant, s'il a pour objet une créance, il repose sur une fiction puisque la mise en possession de la créance engagée intervient par la simple conclusion de la convention de gage (article 2075 du Code civil et article 2 de la loi du 5 mai 1872)⁽⁷⁰⁵⁾. À l'instar du régime de la cession de créance, l'efficacité de son engagement exige naturellement une information particulière du débiteur de la créance donnée en gage.

La dation en gage d'une créance au profit d'un créancier n'empêche pas un autre créancier d'opérer saisie-arrêt entre les mains du tiers débiteur ; c'est précisément au stade de la répartition des fonds qu'il sera tenu compte de la cause de préférence⁽⁷⁰⁶⁾.

(703) W. DERIJCKE, « Sûretés : entre crédit et discrédit. Questions spéciales du droit des sûretés à l'usage des petites et moyennes entreprises », *op. cit.*, pp. 140 à 142, nos 40 à 42 ; sous l'empire de l'ancien droit, il était assez factice de déclarer remplie la condition de dépossession par le simple fait que le créancier gagiste était la banque apéritrice du compte à terme engagé, comme l'avait décidé la cour d'appel de Mons (Mons, 9 mai 1988, *J.L.M.B.*, 1988, p. 1103, *R.D.C.*, 1989, p. 944, avec note D. LECHIEN) ; sur cette ancienne controverse, voy. plus généralement D. LECHIEN, « La mise en gage des créances non incorporées dans un titre négociable », *R.D.C.*, 1990, pp. 3 et s., ainsi que M. DELIERNEUX et J. HAMBENNE, « La place de l'escrow account dans le cadre des sûretés issues de la pratique », *op. cit.*, pp. 178 et 179.

(704) Certains auteurs déduisent cependant des réformes de 1994 et 1996 que le gage présenterait désormais un caractère consensuel : M. GRÉGOIRE, « Les sûretés réelles et les privilèges — I^{re} partie (1975-1998) : le gage », *op. cit.*, p. 447, n° 1 ; A.-M. STRANART, « La loi du 6 juillet 1994 et les modifications apportées au gage sur créances », in *La cession de créance*, Jeune Barreau de Bruxelles, 1995, pp. 33 et s., sp. n° 53.

(705) En raison de cette fiction, reste controversée la question si l'engagement d'une créance future est concevable (Chr. BIQUET-MATHIEU, « Les sûretés », in *Chron. dr. not.*, vol. XXXVI, Larcier, 2002, pp. 5 et s., sp. p. 135 et 136, n° 44 ; I. MOREAU-MARGRÈVE, « Du nouveau à propos des cessions de créance », *op. cit.*, p. 154, note n° 34 : « Reste, à mon sens, discutable la question si le gage peut porter sur des créances futures car on voit mal que la fiction de la mise en possession au moment de la conclusion du contrat puisse s'appliquer à une créance qui n'existe pas encore à ce moment ; si l'on voulait permettre sans discussion le gage sur créances futures déterminables, il fallait prévoir une exception à l'exigence de mise en possession en matière de gage pour les créances ! ») ; selon Mme Grégoire par contre, la validité et l'efficacité du gage sur créances futures sont incontestables (M. GRÉGOIRE, « Les sûretés réelles et les privilèges — I^{re} partie (1975-1998) : le gage », *op. cit.*, p. 448, n° 3).

(706) Pour une illustration de ces principes, voy. Civ. Bruxelles (sais.), 9 nov. 2004, inédit, R.G. n° 03/12.193/A : « Dans la dation en gage de créance, le constituant du gage ne cède pas sa créance de sorte que celle-ci lui appartient toujours. La saisie-arrêt exécution du 19 août 2002 n'est par conséquent pas sans objet. Néanmoins, dans la mesure où la saisie-arrêt est postérieure à la dation en gage de créance, il faut, dans le cadre de la procédure de distribution par contribution, tenir compte du privilège de créance du créancier gagiste » ; relevons au passage que le juge des saisies de Bruxelles fait sien l'enseignement de Mmes Grégoire et Stranart cité ci-avant, au terme duquel le contrat de gage est devenu un contrat consensuel.

109. Statut du versement monétaire à titre de garantie. Une controverse récurrente, périphérique à la question de l'engagement de créance, concerne la question de la qualification de la remise d'argent à titre de garantie. Par un arrêt du 3 mai 1988, la cour d'appel d'Anvers a paru décider que les fonds versés sur un compte bancaire ouvert au nom d'un débiteur et bloqué au profit de la banque apéritrice constituaient une sûreté opposable au curateur⁽⁷⁰⁷⁾. Un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 18 décembre 1991 a décidé que le versement de fonds, ordonné par justice, sur un compte ouvert au nom de deux conseils était constitutif de gage au profit du créancier. Celui-ci pouvait donc échapper à une répartition proportionnelle de la somme que sollicitait le curateur à la faillite entre-temps survenue du débiteur⁽⁷⁰⁸⁾; l'arrêt voit dans les conseils des parties des tiers convenus⁽⁷⁰⁹⁾. Dans un jugement du 22 novembre 2000, le juge de paix de Deinze a décidé que la remise de fonds à un créancier n'était pas constitutive d'un gage, mais rendait le bénéficiaire propriétaire des fonds, ne faisant naître dans le chef du remettant qu'une créance personnelle de restitution⁽⁷¹⁰⁾.

On peut également citer une décision du 20 février 2003 de la cour d'appel de Mons⁽⁷¹¹⁾. Les faits sont très clairement rapportés dans l'arrêt. Afin d'assurer un régime de pension anticipée à certains travailleurs, une entreprise en difficulté avait été amenée à stipuler une

(707) Anvers (5^e ch.), 3 mai 1988, R.G.D.C., 1991, pp. 141 avec note D. LECHIEN ; cet auteur note, à juste titre selon nous, que « si les parties semblent avoir eu l'intention d'affecter en garantie la somme de 25.000 florins, elles n'ont pas procédé par un transfert de propriété de la somme puisque celle-ci fut versée à un compte ouvert au nom du débiteur. Il nous paraît que dans une telle hypothèse, les parties auraient dû procéder par la voie du nantissement du compte. Selon le droit belge, le blocage du compte en faveur du créancier, même s'il rend ce compte indisponible à son titulaire, est insuffisant pour répondre au vœu de la loi... » (*ibid.*, pp. 148 et 149).

(708) Bruxelles (4^e ch.), 18 déc. 1991, J.T., 1992, p. 601 avec obs. M. GRÉGOIRE ; voy. ég. le commentaire fait de cet arrêt par I. MOREAU-MARGRÈVE, « Les sûretés », in *Chron. dr. not.*, vol. XXI, 1995, pp. 3 et s., sp. p. 82 à 84, n° 42.

(709) Sur ce point, comp. A.-M. STRANART, « Les sûretés réelles traditionnelles. Développements récents », in *Le droit des sûretés*, Jeune Barreau de Bruxelles, 1992, pp. 71 et s., sp. pp. 87 et 88 et P. VAN OMMESLAGHE, « Les sûretés nouvelles issues de la pratique — Développements récents », *op. cit.*, p. 400, n° 15 ; MM. Coppens et T'Kint s'interrogent sur le point de savoir s'il n'eût pas été « plus simple et plus naturel [...] de tenir la consignation pour un cantonnement amiable, lequel sort les montants consignés du patrimoine du débiteur » (P. COPPENS et Fr. T'KINT, « Examen de jurisprudence (1991 à 1996). Les faillites, les concordats et les privilèges (suite) », R.C.J.B., 1997, pp. 361 et s., sp. pp. 401 et 402, n° 99) ; il reste qu'est controversée l'efficacité vis-à-vis des tiers de la figure du cantonnement ou de la consignation « amiable » (sur ce point, voy. F. GEORGES, « Cantonnements et consignations », J.T., 2004, pp. 125 et s., sp. pp. 131 à 134, n°s 25 à 34).

(710) J.P. Deinze, 22 nov. 2000, T.G.R., 2001, p. 86 ; à propos des « gages de sommes d'argent », M. Crocq écrit : « Si ce développement de la propriété-garantie, et plus précisément de l'aliénation fiduciaire à titre de garantie, n'a pas été perçu, cela tient à ce que la doctrine, longtemps hostile à cette utilisation du droit de propriété, a considéré qu'il s'agissait là d'hypothèses de gage. Or, ces garanties, eu égard au caractère fongible et consommable de l'argent, ou au transfert de provision qui accompagne obligatoirement la remise d'un chèque, ont toujours pour effet de conférer au créancier la propriété du bien objet de la garantie. Il s'agit donc d'aliénations fiduciaires de biens corporels (espèces) ou incorporels (créances) à titre de garantie » (P. CROCQ, *Propriété et garantie*, *op. cit.*, p. 35, n° 43).

(711) Mons (14^e ch.), 20 févr. 2003, J.L.M.B., 2004, p. 962.

garantie au profit du Fonds d'indemnisation des travailleurs licenciés en cas de fermeture d'entreprises. Instruction fut dès lors donnée à une banque de transférer une somme de 8 millions d'anciens francs sur un compte irrévocablement bloqué en faveur dudit Fonds. Bien que l'établissement de crédit ait expressément invité le Fonds à faire signifier en bonne et due forme une convention de mise en gage, cette formalité ne fut pas réalisée. Après la survenance de la faillite, les curateurs prétendirent récupérer la somme bloquée, faisant valoir que la créance représentée par l'avoir bancaire se trouvait dans la masse faillie, à défaut de réalisation des formalités de cession. La cour rejeta cette argumentation en estimant que l'avoir en compte, étant une véritable monnaie, n'est pas une créance. L'opération pouvait par contre être qualifiée de gage, même en l'absence de convention expresse en ce sens. La condition de dépossession était par ailleurs réalisée, nonobstant le non-respect de l'article 2075 ancien, par le fait de l'inscription en compte couplée à l'indisponibilité⁽⁷¹²⁾. À supposer même que la qualification de gage sur somme d'argent ne pût être admise, la cour estima « que le [Fonds] et la S.A. Euromotte pouvaient valablement mettre au point une convention sui generis ayant pour objet d'instaurer un mécanisme préférentiel pour satisfaire à l'une des conditions mise à la convention collective [...] que le mécanisme contractuel mis en place, en l'espèce le blocage de la garantie sur un compte spécial dont la S.A. Euromotte ne pouvait plus disposer et dont la banque garantissait l'affectation, a été établi sans fraude et doit être subi par les tiers en vertu de l'opposabilité des effets externes des contrats ».

La jurisprudence de la Cour de cassation, récemment saisie à deux reprises de la question de savoir si les fonds versés par le débiteur devaient produire des intérêts en sa faveur, semble préférer y voir un transfert de propriété pur et simple de fonds. Dans un arrêt du 11 mai 2000⁽⁷¹³⁾, elle s'est fondée sur la qualification de gage admise par le juge du fond tout en ne se l'appropriant pas⁽⁷¹⁴⁾.

Dans l'espèce qui a donné lieu au récent arrêt du 4 avril 2003⁽⁷¹⁵⁾, une S.P.R.L. Euroquartz avait souscrit un contrat de leasing auprès d'une S.A. Asset Financing Corporation. En garantie de ses obligations, Euroquartz versa à celle-ci une somme de 861 700 F. Le preneur en leasing paraissait avoir scrupuleusement respecté ses échéances,

(712) Voy. ég., en ce sens, N. RONTCHEVSKY et F. JACOB, « Chronique de droit des sûretés », *Banque et droit*, 2003, n° 89, pp. 52 et s., sp. p. 52.

(713) Cass. (1^{re} ch.), 11 mai 2000, *Pas.*, 2000, I, p. 877, *J.T.*, 2001, p. 633, *R.W.*, 2003-2004, p. 1233 (somm.).

(714) Chr. BIQUET-MATHIEU, « Les sûretés », in *Chron. dr. not.*, vol. XXXVI, Larcier, 2002, p. 137, n° 45.

(715) Cass. (1^{re} ch.), 4 avr. 2003, *R.D.C.*, 2003, p. 393 avec note B.D., *Dr. banc. fin.*, 2003, pp. 375 et s. avec note I. PEETERS, « Een verdere stap naar een coherent juridisch kader voor de fiduciaire eigendom tot zekerheid ».

puisqu'il obtint restitution de la somme en principal. Un litige survint néanmoins entre parties quant à la déduction d'intérêts sur la somme. La cour d'appel d'Anvers, par un arrêt du 30 novembre 1998, fit droit à la demande d'Euroquartz en condamnant Asset Financing Corporation à lui verser une somme de 348 835 F., représentant les intérêts produits par la somme versée. Selon la cour d'appel, le mécanisme usité était un « gage imparfait »⁽⁷¹⁶⁾, en suite duquel la propriété des fonds versés à Asset Financing Corporation lui était transmise⁽⁷¹⁷⁾. Pareille sûreté ne pouvant profiter au créancier au-delà de son but, son produit devait exclusivement revenir à celui qui a consenti la sûreté, ainsi que le prévoit expressément la législation relative au bail de résidence principale en matière de garantie locative⁽⁷¹⁸⁾.

Le pourvoi en cassation était fondé sur les articles 544, 546, 1053 et 1134 du Code civil et était divisé en quatre branches. La deuxième d'entre elles fut seule examinée par la Cour. Cette branche tirait argument du fait que la propriété d'une chose conférant le droit d'en percevoir les fruits, la propriété d'une somme d'argent emportait par conséquence droit sur les intérêts. Dès lors, en décidant, malgré l'absence de clause en ce sens, que les intérêts produits par la somme versée à Asset Financing Corporation par Euroquartz devaient revenir à cette dernière, l'arrêt attaqué violait les articles 544 et 546 du Code civil.

La Cour de cassation déclara le moyen fondé en cette branche : « Attendu que la cession du droit de propriété sur une somme d'argent par un débiteur au bénéfice de son créancier ne constitue pas une dation en gage même si elle tend à garantir le créancier ; que le droit de propriété ainsi acquis par le créancier a pour effet qu'en règle, le propriétaire a droit à ce que la chose produit ; attendu que les juges d'appel ont constaté que la défenderesse, en tant que crédit-preneur, a remis à la demanderesse, en tant que crédit-bailleur, une somme d'argent en garantie de ses obligations et que, par cette opération, qualifiée par l'arrêt comme un gage irrégulier, la créancière, crédit-bailleur, est devenue la propriétaire de la somme remise ; que l'arrêt constate en outre que la convention de crédit-bail ne fait pas mention du sort que les parties réserveraient au produit de la somme remise à titre de sûreté ; que l'arrêt ne considère pas que la convention de cession du droit de propriété doit être interprétée en ce sens que l'intérêt reviendrait au débiteur ; qu'il

(716) « Oneigenlijk pand », dans la version officielle de l'arrêt.

(717) La cour réservait le cas de circonstances exceptionnelles qui auraient évité le transfert de propriété mais constate qu'il ne pouvait en être question dans l'espèce dont elle avait à juger.

(718) L'arrêt attaqué dispose : « Dat (eiseres) hetzij de tot zekerheid betaalde geldsom op een termijnrekening heeft geplaatst waar dit bedrag intresten heeft opgebracht, hetzij dit bedrag heeft aangewend als bedrijfsmiddel, waardoor het eveneens inkomsten heeft gegenereerd (weze het maar omdat zij in dat geval geen beroep heeft moeten doen op eigen of vreemde financiering) ».

déduit de la circonstance que le crédit-bailleur a tiré un bénéfice de la cession de cette somme d'argent que le crédit-bailleur doit également payer un intérêt sur celui-ci pour la durée de la convention de crédit-bail ; attendu que les juges d'appel ne pouvaient pas déduire des constatations et appréciations faites par eux qu'un intérêt était dû par le crédit-bailleur » ⁽⁷¹⁹⁾.

110. Systématisation des cas de figure par la jurisprudence et par la loi. La Cour opère ainsi une catégorisation bienvenue en rejetant la figure du gage irrégulier. La haute juridiction rejoint ainsi M. Cabrillac, qui avait qualifié une telle notion de factice ⁽⁷²⁰⁾, en soutenant qu'il ne pouvait être question de gage puisque l'assiette prétendue de celui-ci ne fait plus partie du patrimoine du débiteur ⁽⁷²¹⁾ ; la remise de monnaie, qu'elle soit fiduciaire ou scripturale, vaut en effet en principe transfert pur et simple de sa titularité ⁽⁷²²⁾.

M. Cabrillac avait justement distingué deux types de sûretés sur l'argent ; la première est une sûreté-propriété, la seconde est un véritable gage. Le premier cas de figure survient lorsque le transfert de la monnaie, quelle que soit la forme de cette dernière, intervient purement et

(719) La version originale de l'arrêt dispose : « Overwegende dat de overdracht in eigendom van een som geld door een schuldenaar ten bate van zijn schuldeiser geen in pandgeving uitmaakt ook al geschiedt die overdracht tot zekerheid van de schuldeiser ; dat het eigendomsrecht aldus verkregen door de schuldeiser tot gevolg heeft dat, in de regel, de eigenaar recht heeft op wat de zaak voortbrengt ; overwegende dat de appelrechters vaststellen dat verweerster, als leasingnemer, aan eiseres, als leasinggeefster, een geldsom heeft overhandigd tot zekerheid van haar verbintenissen en dat door die verrichting, door het arrest gekwalificeerd als een onregelmatig pand, de schuldeiseres, leasinggeefster, eigenares is geworden van het overgedragen geld ; dat het arrest voorts vaststelt dat de leasingovereenkomst geen gewag maakt van het lot dat de partijen zouden toekennen aan de opbrengst van het tot zekerheid overgemaakte bedrag ; dat het arrest niet oordeelt dat de overeenkomst van eigendomsoverdracht moet worden uitgelegd in die zin dat de rente aan de schuldenaar toekomt ; dat het uit de omstandigheid dat de leasinggever een voordeel heeft gehaald uit die overdracht van geld afleidt dat de leasinggever ook rente hierop moet betalen voor de duur van de leasingovereenkomst ; overwegende dat de appelrechters uit de door hen gedane vaststellingen en beoordelingen niet vermochten af te leiden dat rente verschuldigd was door de leasinggever ».

(720) M. CABRILLAC, « Les sûretés conventionnelles sur l'argent », in *Les activités et les biens de l'entreprise — Mélanges offerts à Jean Derruppe*, Joly-Litec, 1991, pp. 333 et s., sp. p. 334, n° 2, p. 335, n° 8 et p. 341, n° 27 ; adde W. DERIJCKE, « Omvang van de bevoorrechte schuldvordering van de verhuurder, huurwaarborg en schuldvergelijking : Nil novi sub sole...gelukkig », note sous Comm. Hasselt, 30 avril 1998, *R.D.C.*, 1998, p. 680.

(721) « Le gage ne peut s'accomoder du transfert de la propriété du constituant au gagiste » (M. CABRILLAC, « Les sûretés conventionnelles sur l'argent », in *Les activités et les biens de l'entreprise — Mélanges offerts à Jean Derruppe*, Joly-Litec, 1991, pp. 333 et s., sp. p. 334, n° 4) ; voy. ég. P. CROCQ, *Propriété et garantie*, op. cit., pp. 259 à 261, n° 306, qui réserve cependant l'hypothèse où « une somme d'argent remise à un tiers demeurerait individualisée (dépôt de fonds dans un coffre, relevé de la numérotation des billets remis, par exemple, mais aussi fonds déposés auprès d'un avocat ou d'un notaire et faisant l'objet d'une affectation et d'un maintien de l'individualisation) ».

(722) Pour un approfondissement de ce principe et des exceptions qu'il supporte, voy. *infra* n° 167.

simplement ⁽⁷²³⁾. Dès le transfert de la maîtrise au bénéficiaire, celui-ci devient débiteur à due concurrence d'une dette de somme vis-à-vis du solvens ⁽⁷²⁴⁾.

La seconde hypothèse recourt aux apports de la technique bancaire qui permet mieux qu'avant une individualisation des espèces monétaires : « Il suffit que la somme soit inscrite dans un compte spécial, ouvert au nom du constituant mais affecté à la garantie de la créance du bénéficiaire et dont le solde est immobilisé au profit de ce dernier » ⁽⁷²⁵⁾.

La distinction est éclairante et nous paraît expliquer la jurisprudence de la Cour de cassation. Nous réservons cependant provisoirement notre opinion relativement à la conception de M. Cabrillac qui, dans la seconde hypothèse, ne voit pas un engagement de créance mais une mise en gage de monnaie scripturale ⁽⁷²⁶⁾. Nous reviendrons sur ce point dans la seconde partie de notre recherche, dédiée à la saisie de la monnaie scripturale, lorsque sera analysée la nature de l'avoir en compte.

Ainsi adoptée, semble-t-il, par la Cour de cassation, la distinction opérée par M. Cabrillac vient récemment de recevoir une autre consécration de la part du législateur. En effet, les articles 8 à 10 de la loi du 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières consacrent l'existence d'un gage particulier ayant pour objet la monnaie scripturale, dont nous étudierons le régime dans notre seconde partie.

111. Consécration de la cession fiduciaire ? Selon un éminent auteur ⁽⁷²⁷⁾, cet arrêt du 4 avril 2003 pose la question d'une éventuelle modification de l'opinion hostile aux cessions fiduciaires, telle qu'elle s'est exprimée dans l'arrêt du 17 octobre 1996. Cette opinion, qui ne

(723) À moins que ce versement ne puisse s'interpréter comme un paiement anticipé ; sur les différentes interprétations que peut susciter le versement de fonds, voy. F. GEORGES, « Cantonnements et consignations », *op. cit.*, p. 133, n° 29.

(724) C'est précisément pour éviter au solvens la désagréable expérience de l'insolvabilité de l'accipiens que la loi est intervenue pour réglementer impérativement les hypothèses où il est recouru le plus fréquemment à des versements de fonds à titre de garantie ; ainsi en est-il en matière de bail de résidence principale, où le montant de la garantie doit être versé sur un compte bancaire ouvert au nom du preneur.

(725) M. CABRILLAC, « Les sûretés conventionnelles sur l'argent », *op. cit.*, p. 336, n° 11.

(726) « Soumettre les avoirs en comptes bancaires au régime des créances paraît aujourd'hui dépassé » (M. CABRILLAC, « Les sûretés conventionnelles sur l'argent », *op. cit.*, p. 338, n° 18) ; Mme Stranart est également de cet avis, mais subordonne l'efficacité de la garantie à un système opposé à celui de M. Cabrillac ; en effet, selon elle, « le transfert effectif de la somme, objet de la garantie » doit intervenir « dans le patrimoine du bénéficiaire de celle-ci », ce qui suppose « que le compte au crédit duquel figure la somme destinée à servir de garantie soit ouvert au nom du créancier (compte interne) et non au nom du débiteur » (A.-M. STRANART, Les sûretés réelles traditionnelles. Développements récents », *op. cit.*, p. 86).

(727) E. DIRIX, « Recente rechtspraak insolventierecht », in *Themis, Insolventierecht*, 2003-2004, n° 20, La Charte, pp. 59 et s., sp. p. 77 et 78, n° 30.

nous paraît pas totalement convaincante⁽⁷²⁸⁾, nous permet d'opérer la transition avec le point suivant.

§ 2. La cession de créance à titre fiduciaire

112. Description. Le mécanisme de cession de créance à titre de garantie, à distinguer de la vente de créances consentie moyennant le versement d'un prix fixé en fonction de la valeur de celles-ci⁽⁷²⁹⁾, est consacré dans quelques réglementations particulières. La plus notable d'entre elles est sans conteste la cession de rémunération, régie par les articles 27 à 34 de la loi du 12 avril 1965 relative à la protection de la rémunération⁽⁷³⁰⁾. Les autres participent, pour la plupart, de la législation financière qui, comme nous le verrons dans la seconde partie de notre recherche⁽⁷³¹⁾, entend assurer le fonctionnement des systèmes de compensation nonobstant la défaillance d'un participant. Les partisans de la reconnaissance des figures fiduciaires concèdent que le « caractère spécifique et limité de ces législations ne permet toutefois pas d'en déduire la reconnaissance du principe de la validité de la cession de créance à titre de garantie »⁽⁷³²⁾. Il n'est donc étonnant que son efficacité en cas de concours reste controversée en jurisprudence⁽⁷³³⁾.

(728) Nous ne voyons pas dans cet arrêt l'occasion d'une évolution de la jurisprudence de la Cour ; il est en effet essentiel de constater que n'était pas en jeu, dans cette décision, l'opposabilité aux tiers de la figure fiduciaire ; était en débat, entre parties créancière et débitrice, la question si des intérêts étaient dus au solvens qui s'était acquitté en temps et à heure de ses obligations ; en ce sens ég. I. PEETERS, « Een verdere stap naar een coherent juridisch kader voor de fiduciaire eigendom tot zekerheid », *op. cit.*, p. 377, n° 1 et p. 379, n° 7 ; comp. A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours », *op. cit.*, p. 883, n° 23, qui nuance notre opinion personnelle : « Si [cet arrêt] ne s'est pas prononcé sur l'opposabilité de pareille cession fiduciaire aux tiers, il peut cependant en être retenu que la Cour a rejeté l'assimilation de la cession fiduciaire au gage simulé. Or, cette assimilation était précisément invoquée, parmi d'autres arguments, par ceux qui contestaient l'opposabilité de la cession de créance à titre fiduciaire ».

(729) M. GRÉGOIRE, « Le présent et l'avenir des sûretés réelles mobilières et des sûretés personnelles », *op. cit.*, p. 205, n° 44 ; ainsi, dans une très intéressante étude, M. Van Gerven n'envisage la cession de créance qu'en tant que vente suscitant le paiement, en contrepartie, d'un prix, et non comme mécanisme de garantie, consenti purement et simplement à un dispensateur de crédit (D. VAN GERVEN, « Overdracht en in pandgeving van bestaande en toekomstige schuldvorderingen », *R.W.*, 2004-2005, pp. 521 et s.).

(730) Par un arrêt du 19 janvier 2001, la Cour de cassation a décidé que le juge de paix ne pouvait refuser de valider une cession de rémunération pour le seul motif que l'égalité des créanciers serait rompue par le fait de cette cession (Cass. (1^{re} ch.), 19 janv. 2001, *Annuaire juridique du crédit et du règlement collectif de dettes*, 2001, pp. 231 et s., avec commentaire M. FORGES, « Les limites du contentieux de la validation des cessions de rémunération »).

(731) Voy. *infra*, n° 127 et s.

(732) M. GRÉGOIRE, « Le présent et l'avenir des sûretés réelles mobilières et des sûretés personnelles », *op. cit.*, p. 205, n° 44 ; la figure de l'escompte est souvent citée par les partisans de l'efficacité de la propriété utilisée à titre de garantie ; selon M. Crocq, ce mécanisme n'est pas une véritable propriété-garantie car « la propriété du bien y est définitivement attribuée au créancier » (P. CROCQ, *Propriété et garantie*, *op. cit.*, p. 19, n°s 24 et 25).

(733) Voy. ainsi Anvers (2^e ch.), 28 févr. 2000, *R.W.*, 2002-2003, p. 97, qui décide que la cession de toutes créances actuelles et futures à titre de sûreté est valable, mais inopposable dès la survenance du concours.

De quoi s'agit-il ? Un créancier, le plus souvent un établissement bancaire, reçoit de son débiteur, en garantie du crédit qu'il lui octroie, un bien en pleine propriété, à charge de rétrocession si le crédit est remboursé⁽⁷³⁴⁾. La propriété est purement et simplement transférée au créancier ; les restrictions consécutives à l'éventualité de la rétrocession sont « purement internes et relatives »⁽⁷³⁵⁾, restant donc sans répercussion pour les tiers. Les nécessités d'une gestion parcimonieuse des garanties du crédit ont cette conséquence que l'objet de la cession est presque toujours constitué de créances, actuelles ou futures⁽⁷³⁶⁾. La résurgence de cette pratique a surtout été notable en France, où elle fut stimulée par la crise des sûretés traditionnelles et consacrée légalement par la fameuse « cession Dailly » en 1981⁽⁷³⁷⁾.

113. Incertitudes. De nombreuses critiques, théoriques et pratiques, ont été opposées à un tel usage de la propriété à titre de garantie⁽⁷³⁸⁾. Beaucoup d'entre elles ont reçu une réplique convaincante. La nature du droit de propriété, dont la sacralisation est fort surannée, ne peut empêcher par principe son asservissement à la garantie d'un droit personnel⁽⁷³⁹⁾. La propriété-garantie ne porte atteinte ni au principe du

(734) Voy. Fr. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, op. cit., pp. 158 à 163, n°s 299 à 302 ; dans le chapitre préliminaire de sa thèse, M. Crocq cerne les propriétés-garanties par la réunion de deux conditions : « Le fait que le créancier soit propriétaire avant de mettre en œuvre sa garantie [...] et [...] le fait que cette qualité ne soit définitive qu'en cas d'inexécution fautive de son obligation par le débiteur » (P. CROCQ, *Propriété et garantie*, op. cit., p. 9, n° 8) ; parmi les propriétés-garanties, une distinction doit être faite, selon l'auteur, « en fonction de la personnalité de l'auteur du transfert de propriété : selon qu'il s'agit du débiteur lui-même ou d'une autre personne, on opposera les propriétés-garanties fiduciaires aux propriétés-garanties non fiduciaires, l'aliénation fiduciaire à titre de garantie étant définie comme le contrat par lequel un débiteur transfère à son créancier la propriété d'un bien afin de garantir le paiement de sa dette » (*ibid.*, p. 22, n° 29).

(735) M. GRÉGOIRE, « Le présent et l'avenir des sûretés réelles mobilières et des sûretés personnelles », op. cit., p. 208, n° 46 ; M. T'Kint écrit que la cession est « soumise à la condition résolutoire du paiement de la dette qu'elle doit garantir » (Fr. T'KINT, « L'engagement des créances », in *Mélanges offerts à P. Van Ommeslaghe*, op. cit., p. 295, n° 12 et Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers, op. cit., p. 158, n° 299).

(736) P. CROCQ, *Propriété et garantie*, op. cit., p. 25, n° 32.

(737) Loi du 2 janvier 1981, dont les dispositions constituent actuellement les art. 313-23 et s. du Code monétaire et financier.

(738) Voy., en général, L. AYNÈS, *Les sûretés — La publicité foncière*, Cujas, 8^e éd., 1997, pp. 287 et 288 ; voy. ég. la brève mais intéressante contribution de Y. CHAPUT, « Les nouvelles sûretés : réserve de propriété, escrow-account, la cession fiduciaire ou à titre de garantie », in *La prévention de la défaillance de paiement*, Actes du 2^e Congrès Sanguinetti, Larcier, 2000, pp. 197 et s. ; en droit belge, voy. I. MOREAU-MARGRÈVE, « Évolution du droit et de la pratique en matière de sûreté », op. cit., sp. pp. 183 à 192.

(739) Ainsi, M. Crocq a consacré la première partie de sa thèse précitée à démontrer que la fonction de garantie attribuée par la sûreté fiduciaire à la propriété ne provoquait aucune dégénérescence de celle-ci ; adde M. CABRILLAC et Chr. MOULY, *Droit des sûretés*, op. cit., p. 449, n° 527, qui écrivent : « Assigner à la propriété la fonction de garantir le paiement d'une créance est une démarche simple et naturelle » et Ph. THÉRY, *Sûretés et publicité foncière*, P.U.F., 1998, p. 382, n° 326, qui écrit : « Si la propriété est la somme des utilités que peut présenter un bien, au nom de quel principe contesterait-on son usage à des fins de garantie ? ».

numerus clausus des droits réels⁽⁷⁴⁰⁾, ni à l'interdiction du pacte commissaire exprès en matière de gage⁽⁷⁴¹⁾. Il ne faut donc pas reconnaître d'efficacité en droit civil à la distinction, peut-être justifiée en droit comptable ou en droit fiscal, entre propriété de valeur ou juridique d'une part et propriété de l'utilité ou économique d'autre part⁽⁷⁴²⁾. Après avoir relevé les avantages limités qu'il y aurait à consacrer un tel démembrement, M. Crocq démontre que précisément, la fonction de garantie l'interdit⁽⁷⁴³⁾.

L'adage « pas de privilège sans texte » nous paraît autrement préoccupant⁽⁷⁴⁴⁾. Bien plus qu'une cause de préférence, il s'agit d'un mécanisme qui aboutit à retirer purement et simplement aux autres créanciers le droit de saisir⁽⁷⁴⁵⁾. Mme Grégoire surmonte la critique en attribuant à

(740) « Le contrat de fiducie entraîne deux catégories d'effets ; les uns sont absolus, les autres relatifs. En tant qu'il entraîne le transfert de la propriété, le contrat de fiducie peut être invoqué, comme il doit être reconnu sur le bien transféré, alors que les créanciers du fiduciaire voient, au contraire, ce dernier rejoindre le creuset de leur gage commun. En revanche, en tant qu'il modalise le comportement que doit adopter le fiduciaire à l'égard du bien transféré, le contrat de fiducie ne produit que des effets relatifs, qui, comme tels, ne constituent pour les tiers que des faits mais aucunement des charges ou des obligations » (M. GRÉGOIRE, « Le présent et l'avenir des sûretés réelles mobilières et des sûretés personnelles », *op. cit.*, p. 214, n° 46) ; voy. ég. P. CROQC, *Propriété et garantie*, *op. cit.*, p. 83, n° 103 : « Si le choix d'une limitation, à raison de la fonction de garantie, du droit de propriété par la reconnaissance d'obligations réelles à la charge du propriétaire n'est pas inconcevable (bien que nous verrons au titre suivant qu'il n'est pas possible en raison du numerus clausus des garanties réelles), il demeure que, selon la doctrine, toutes les hypothèses de propriétés-garanties ne correspondent qu'à la création d'obligations personnelles qui ne modifient pas le droit de propriété » ; comp. V. SAGAERT, « Les interférences entre le droit des biens et le droit des obligations : une analyse de l'évolution depuis le Code civil », *op. cit.*, p. 363, n° 12 : « La propriété fiduciaire ne s'intègre pas dans les droits réels précités, de sorte que seul un système ouvert de droits réels pourrait lui conférer un effet réel ».

(741) P. VAN OMMESSLAGHE, « Les sûretés nouvelles issues de la pratique — Développement récents », *op. cit.*, pp. 382 et 383, n° 6.

(742) P. CROQC, *Propriété et garantie*, *op. cit.*, p. 147, n° 175.

(743) P. CROQC, *Propriété et garantie*, *op. cit.*, p. 147, n° 175 et pp. 189 et s., n°s 235 et s.

(744) I. MOREAU-MARGRÈVE, « Évolution du droit et de la pratique en matière de sûreté », *op. cit.*, p. 192 : « Le principe de l'autonomie des volontés nous paraît... heurter de front celui de l'égalité des créanciers qui ne comporte que les exceptions admises par le législateur. Telle est, selon nous, la raison véritable pour mettre en cause les cessions fiduciaires et non l'interdiction des pactes commissaires exprès inscrite dans les articles 2078, alinéa 2, du Code civil et 1° de la loi du gage commercial » ; adde Fr. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, *op. cit.*, p. 159, n° 300.

(745) « Derrière cette affectation de l'ensemble des créances d'une entreprise à la garantie de l'ensemble des crédits qui lui sont affectés, ne voit-on pas ressurgir, mais gauchi, une manière de compte courant ? Que le banquier soit titulaire des créances de l'entreprise interdit aux autres créanciers de les saisir. La situation n'est pas sans évoquer l'époque, antérieure à 1973, où l'indivisibilité du compte courant faisait obstacle à la saisie de son solde créditeur avant la clôture » (Ph. THÉRY, *Sûretés et publicité foncière*, *op. cit.*, p. 391, n° 331) ; voy. ég. E. DIRIX, « Gage de créances », in *Privilèges et hypothèques*, Kluwer, 2002p. 21, n° 27, selon qui « il va sans dire que tôt ou tard, la jurisprudence sera obligée de fixer certaines limites aux possibilités de cession et de nantissement de créances futures ».

la règle un champ d'application restrictif, établi en fonction de la définition technique du privilège ⁽⁷⁴⁶⁾.

De nos jours, les vices qui entacheraient la propriété-garantie sont ainsi décrits par M. Crocq : « Les principales conséquences néfastes de la propriété-garantie correspondent aux deux aspects de la notion de fraude : la fraude aux droits des tiers et la fraude à la loi. Tout d'abord, le propriété-garantie serait un instrument de fraude aux droits des tiers car elle remettrait totalement en question la sécurité juridique de ceux-ci, et notamment des autres créanciers du débiteur, en les trompant sur la consistance de l'actif de leur débiteur. Ensuite, la propriété-garantie serait un instrument de fraude à la loi. Elle est une situation régulière...que le créancier utiliserait afin d'éluder, soit les règles protectrices qui existent en droit commun, soit les restrictions imposées par le droit des procédures collectives afin de favoriser le redressement de l'entreprise du débiteur, l'ensemble de ces dispositions ayant essentiellement pris en compte les seules sûretés réelles traditionnelles » ⁽⁷⁴⁷⁾. Par ailleurs, d'un point de vue pratique, la figure fiduciaire serait dévastatrice du crédit qu'elle est censée servir en ce qu'elle absorbe la valeur du bien dans sa totalité ⁽⁷⁴⁸⁾. Elle ne serait pas non plus une garantie parfaitement fiable ; à cet égard,

(746) M. GRÉGOIRE, « Le présent et l'avenir des sûretés réelles mobilières et des sûretés personnelles », *op. cit.*, pp. 209 et 210, n° 46 : « L'utilisation de la propriété comme instrument de garantie ne peut toutefois, selon nous, être dénoncée en vertu de l'adage « Pas de privilège sans texte », qui vise des hypothèses toutes différentes. En effet, le privilège constitue un droit à être payé, par préférence, sur le produit de la réalisation de biens soumis à une procédure d'exécution forcée. L'exercice du privilège suppose que celui qui s'en prévaut participe à la procédure de saisie...qui transforme les biens en deniers, et qu'au titre de créancier privilégié, il bénéficie d'un tour de faveur, par rapport aux autres créanciers...au moment de la distribution » ; comp. M. DELIERNEUX et J. HAMBENNE, « La place de l'escrow account dans le cadre des sûretés issues de la pratique », *op. cit.*, p. 176 : « Si le principe de la légalité des privilèges ne paraît pas déterminant [...], on peut par contre estimer sur le plan des principes qu'il est heurtant qu'en se faisant reconnaître un droit de propriété sur certains biens de son débiteur, un créancier bouleverse à son profit toute les priorités établies par une loi d'ordre public ».

(747) P. CROCQ, *Propriété et garantie*, *op. cit.*, pp. 393 et 394, n° 443 ; M. Crocq précise en trois points en quoi la propriété-garantie nuirait au débiteur : dilapidation du crédit de celui-ci, risque de spoliation et atteinte aux restrictions imposées par le droit des procédures collectives (*ibid.*, p. 431, n° 479).

(748) Les principaux inconvénients de la fiducie romaine, qui avait provoqué son déclin, sont le risque d'aliénation par le créancier et la déperdition totale du crédit que le débiteur pouvait retirer du bien (P. CROCQ, *Propriété et garantie*, *op. cit.*, p. 3, n° 2) ; de nos jours, la cession de créance à titre de garantie profitant quasi exclusivement aux organismes de crédit, on peut raisonnablement considérer caduque la première raison ; comp. P. CROCQ, *ibid.*, p. 5, n° 4 : « D'un point de vue pratique, n'a-t-on pas mis entre les mains du créancier un instrument si puissant qu'il remette totalement en cause la protection des autres créanciers ou du débiteur lui-même ? Peut-on encore envisager le redressement d'un nouveau César Birotteau ou est-on en opposition flagrante avec les objectifs poursuivis par la réforme, en 1985, du droit des procédures collectives ? N'y a-t-il pas danger à donner une telle arme à un toujours possible Shylock ? ».

on doit rétorquer qu'elle ne l'est pas moins que toute sûreté ayant pour assiette cette valeur fragile qu'est la créance ⁽⁷⁴⁹⁾.

L'auteur répond à ces différentes critiques de façon particulièrement séduisante, mais la conclusion de son imposant travail reste un appel au législateur : plutôt que de refuser purement et simplement la propriété-garantie, il est probablement « plus conforme à l'évolution du droit » de l'admettre à condition d'en corriger les excès ⁽⁷⁵⁰⁾.

114. Reconnaissance limitée — Renvoi. Le législateur belge, incité en cela par le droit européen, a suivi ce conseil. Il vient en effet de consacrer, mais dans une mesure limitée, l'usage de la propriété à titre de garantie dans l'article 12 de la loi du 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières. La reconnaissance est effectivement partielle. D'une part, l'avoir cédé à des fins fiduciaires ne peut être qu'un instrument financier ou de la monnaie scripturale. D'autre part, la disposition précitée ne s'applique pas aux conventions conclues entre ou avec des personnes physiques. Nous examinerons cette cession fiduciaire dans la seconde partie de notre recherche dans la mesure où elle est susceptible de s'appliquer à la monnaie scripturale.

Hors le champ d'application de cette cession de créance à titre de garantie consacrée par la loi, un créancier qui entendrait soutenir l'inopposabilité d'une telle cession fera utilement signifier ou notifier une saisie-arrêt entre les mains du tiers débiteur. À première vue, la créance est censée ne plus faire partie du patrimoine du saisi mais l'emprise pourrait emporter l'effet de l'y réintégrer. Aussi, contrairement aux apparences

(749) Voy. ainsi Liège (13^e ch.), 6 janv. 2004, *J.T.*, 2004, p. 199 ; dans l'affaire dont avait à connaître la cour d'appel de Liège, la facture avait été tirée alors que les travaux n'avaient pas encore été entamés ; au moment où l'organisme de crédit s'adressa au débiteur cédé, celui-ci pu victorieusement opposer l'exception tirée d'une mauvaise exécution des travaux commandés ; *adde* P. CROCQ, *Propriété et garantie*, *op. cit.*, pp. 337 et s., n^{os} 380 et s. ; dans un chapitre intitulé « L'efficacité de la propriété-garantie demeure incertaine à raison de la nature de son objet et des pouvoirs du débiteur sur celui-ci », l'auteur envisage les différentes hypothèses où la garantie du créancier s'avèrera inefficace en raison des vices affectant la créance cédée ; voy. aussi J. STOUFFLET, « Les financements par cession de créances futures. Étude en droit français », in *Liber Amicorum Lucien Simont*, Bruylant, 2002, pp. 849 et s.

(750) P. CROCQ, *Propriété et garantie*, *op. cit.*, p. 432, n^o 480 ; comp. Ph. THÉRY, *Sûretés et publicité foncière*, *op. cit.*, pp. 390 à 392, n^o 331, qui estime que la propriété utilisée à titre de sûreté est peut-être « une mauvaise réponse à un problème mal posé » ; mauvaise réponse car « les textes récents traduisent une régression dans la technique juridique, notamment parce qu'ils font fi de toute information des tiers » ; le problème est mal posé en ce que « l'évolution anarchique du droit des sûretés révèle une absence de toute conception d'ensemble de ce qu'il doit être et, au-delà, de la hiérarchie des intérêts en cause... À quoi sert la rigueur contre les sûretés traditionnelles lorsque des échappatoires existent ? ».

que susciterait une analyse superficielle, une telle saisie ne serait pas *a priori* sans objet ⁽⁷⁵¹⁾.

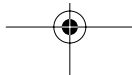
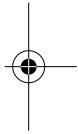
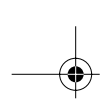
115. Conclusions du titre II. À nos yeux, la saisie-arrêt consacrée par les textes du Code judiciaire déroge dans une certaine mesure aux deux principes de relativité des conventions et d'opposabilité de celles-ci. Elle déroge tout d'abord au principe de relativité des relations juridiques puisqu'un créancier d'une partie contractante peut se prévaloir d'un droit propre à s'insinuer dans un rapport juridique auquel il est tiers et, éventuellement, solliciter l'exécution de la créance de cette dernière. Elle déroge ensuite au principe de l'opposabilité des conventions aux tiers car certaines modalités contractuelles assortissant la créance du débiteur vis-à-vis du tiers saisi ne pourront affecter sa position. Il s'agit de la sorte d'une légitime pondération des normes en conflit : relativité, opposabilité, effectivité du droit de poursuite et égalité des créanciers.

Une récente intervention législative, d'inspiration européenne, nous paraît avoir rompu cet équilibre en admettant, de façon extrêmement large, la compensation nonobstant concours et sans exigence de connexité entre les créances respectives. L'article 14 de la loi du 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières encourt à cet égard d'importantes critiques. Les créances dont sont titulaires les opérateurs économiques qui n'ont pas la chance d'être également débiteurs de leur cocontractant verront l'effectivité de leur recouvrement gravement mise en péril.

(751) Pour une illustration de ce qu'il n'est pas inconcevable de saisir-arrêter à charge d'un débiteur une créance que son titulaire a antérieurement cédée, voy. D. LECHIEN, note sous Mons (1^{re} ch.), 28 juin 1989, *R.G.D.C.*, 1991, pp. 159 et s., sp. p. 163, n° 2 ; la cour avait statué dans une affaire où s'appliquait la loi du 3 janvier 1958 relative aux cessions et mises en gage de créances sur l'État du chef de travaux et de fournitures, dont le prescrit est désormais intégré dans la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services (sur cette loi, voy. *supra*, n°s 72 et 108) ; selon l'auteur, « une fois cédée au bailleur de fonds, la créance de l'entrepreneur contre l'État est sortie de son patrimoine pour entrer dans celui de la banque, potentiellement grevée du privilège des travailleurs, fournisseurs et sous-traitants. Le concours entre le bailleur de fonds et ces créanciers privilégiés est par conséquent réglé indépendamment du concours né entre tous les créanciers de la faillite de l'entrepreneur. Pour que le premier concours puisse naître, il faut, selon le prescrit légal, que les créanciers privilégiés pratiquent saisie-arrêt ou fassent opposition ».



DBL5151.book Page 198 Vendredi, 10. février 2006 2:48 14





DEUXIÈME PARTIE



OBJET ET EFFETS DE LA SAISIE DE LA MONNAIE SCRIPTURALE

116. Objet de la deuxième partie. Ainsi que nous l'avons signalé dans notre introduction, nul n'ignore que les sommes déposées auprès des établissements de crédit représentent des montants considérables. Une telle richesse, en transit ou non vers une affectation quelconque, ne pourrait en aucun cas rester hors d'atteinte des créanciers d'un débiteur négligent ou malhonnête. Le droit positif se doit de fournir des mesures de recouvrement efficace afin de permettre l'interception de ces valeurs. Il nous appartient dès lors d'examiner comment la saisie-arrêt s'acquitte de cette tâche et si la spécificité de son point de mire justifie des adaptations aux solutions exposées précédemment.

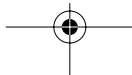
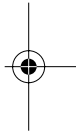
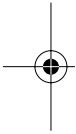
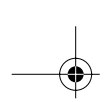
Comme ce fut le cas dans la partie consacrée à la saisie-arrêt en général, nos développements seront regroupés sous deux titres. Le premier d'entre eux s'attachera à l'étude des particularités de l'objet de la saisie. La nature juridique de l'avoir en compte bancaire est depuis longtemps discutée et a fait l'objet de nombreuses contributions. À leur lecture, on constate cependant que ce n'est qu'incidemment et accessoirement que les mesures de recouvrement permettant de l'atteindre ont été étudiées⁽¹⁾.

Nous étudierons dans le second titre l'influence de ces spécificités de l'avoir en compte sur les effets de la saisie dont il ferait l'objet.

(1) À la notable exception du traité publié en 1995 dans le *Répertoire pratique de droit belge* (R.P.D.B.), Compl. VIII, aux éditions Bruylant sous la plume de Mme et MM. A.-M. STRANART, G. BLOCK et O. CLEVENBERGH et intitulé « Saisie-arrêt bancaire ».



DBL5151.book Page 200 Vendredi, 10. février 2006 2:48 14





TITRE I



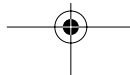
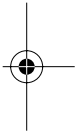
PARTICULARITÉS DE L'OBJET DE LA SAISIE

117. Objet du titre premier. Selon MM. Gavalda et Stoufflet, tous les comptes bancaires sont en principe saisissables⁽²⁾. La généralité de ces propos ne cache pas longtemps certaines difficultés. Ainsi, par exemple, on ne tarde pas à s'interroger sur le point de savoir si un compte peut réellement être l'objet de saisie ou s'il s'agit d'une expression à laquelle il est recouru par simplicité. Ne faut-il pas s'attacher plutôt à la monnaie, dite scripturale, dont le compte serait le « réservoir »⁽³⁾ ? Par ailleurs, plus encore que les autres cibles de la saisie-arrêt, le compte bancaire cultive la discrétion ; en découvrir l'existence n'est pas aisé pour le créancier. Un troisième exemple de particularisme tient en ce qu'il est fréquemment soutenu que certains comptes doivent échapper aux poursuites introduites contre leur titulaire car ils seraient le réceptacle de fonds destinés à autrui.

Ces difficultés et quelques autres seront examinées dans un second chapitre. Avant de les aborder et afin de les surmonter, il nous faut d'abord tenter d'appréhender la nature des relations naissant du contrat de compte et le statut de la richesse patrimoniale dont il est le réceptacle (chapitre I).

(2) Chr. GAVALDA ET J. STOUFFLET, *Droit bancaire*, 4^e éd., Litec, 1999, p. 132, n° 270.

(3) Chr. LASSALAS, *L'inscription en compte des valeurs : la notion de propriété scripturale*, Presses universitaires de la Faculté de droit de Clermont-Ferrand et L.G.D.J., 1997, p. 34, n° 74, p. 40, n° 95, p. 95, n° 270.





DBL5151.book Page 202 Vendredi, 10. février 2006 2:48 14

