DBL5151.book Page 203 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

CHAPITRE I

UN AVOIR PARTICULIER : LA MONNAIE SCRIPTURALE

118. Objet du chapitre. Comme chacun le pressent, le solde positif d'un compte bancaire présente un pouvoir caractéristique qui le rend irréductible aux autres formes de valeurs incorporelles. Nul ne pourrait admettre sans plus d'interrogation que ce solde est similaire ou simplement comparable à une créance vis-à-vis d'un débiteur quelconque, fût-il parfaitement solvable. Afin d'expliquer ce phénomène, il nous faut d'aborder examiner le rôle et l'infrastructure des établissements de crédit (section I). L'analyse du compte bancaire en sera facilitée (section II).

SECTION I

L'établissement de crédit et son environnement

119. Objet de la section. Ainsi que nous nous en sommes préalablement justifié, l'objectif de notre recherche, dans le présent chapitre, consiste à expliquer la particularité de l'avoir en compte bancaire. Il ne sera donc pas question ici de l'évolution de la place et du rôle des établissements bancaires selon le lieu et l'époque. Nous n'entendons pas non plus examiner de façon approfondie le statut juridique des établissements de crédit [4]. Notre propos se focalisera, après un aperçu synthétique de ce dernier, sur l'étude de ce qui justifie l'accès, selon une partie de plus en plus importante de la doctrine, de l'avoir en compte au statut monétaire.

120. Aperçu synthétique des acteurs et des législations. Dans cette matière que l'Union européenne balise de ses nombreuses interventions, le texte fondamental est, en droit belge, la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit [5]. Si l'on exclut le

(4) Pour une illustration du foisonnement des acteurs et des textes applicables et un inventaire de ces derniers, voy. A. BRUYNEEL, « Synthèse de droit financier », *J.T.*, 2004, pp. 665 et s.

(5) Sur la réforme, par la loi du 22 mars 1993, du statut et du contrôle des établissements de crédits, voy. A. BRUYNEEL et M. FYON, « La loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit », *J.T.*, 1993, pp. 565 et s. ; A. BRUYNEEL, « Observations sur la réforme (1988-1993) du droit bancaire et financier belge », in *Hommage à Jacques Heenen*, Bruylant, 1994, pp. 29 et s.

DBL5151.book Page 204 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

cas particulier des établissements de monnaie électronique que nous évoquerons brièvement dans une autre section de notre recherche (6), l'établissement de crédit est défini par l'article 1er de cette loi comme l'entreprise belge ou étrangère 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.

Aux termes de l'article 4 de cette même loi, « seuls les établissements de crédit autres que les établissements de monnaie électronique établis en Belgique et les établissements de crédit autres que les établissements de monnaie électronique constitués selon le droit d'un autre État membre de la Communauté européenne et qui bénéficient du régime réglé aux articles 66 et suivants de la présente loi peuvent faire appel au public en Belgique en vue de recevoir des dépôts d'argent ou d'autres fonds remboursables à vue, à terme ou moyennant un préavis ou recevoir du public en Belgique de tels dépôts ou fonds remboursables ». Si des exceptions ponctuelles sont réservées par la suite du texte, il n'en reste pas moins qu'un monopole de principe est réservé à ces établissements de crédit pour la réception de tels dépôts ou fonds remboursables (7).

Pour mériter cette faveur, les établissements de crédit doivent répondre, en application de la loi du 22 mars 1993, à des conditions d'accès à l'activité et d'exercice de celle-ci. Ils sont par ailleurs soumis au contrôle rigoureux d'un organisme autonome, la Commission bancaire, financière et des assurances, qui a édicté à cet égard de très nombreux règlements et circulaires (8). À ce propos, rappelons que la matière du contrôle des services bancaires et financiers a été substantiellement modifiée par une loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers (9). Une seconde loi du même jour a réformé simultanément le régime des voies de recours contre les déci-

(6) Voy. *infra*, nos 168 et s.

(7) G. SCHRANS et R. STEENNOT, *Algemeen deel van het financieel recht*, Intersentia, 2003, p. 202, n° 195 ; A. BRUYNEEL, « Synthèse de droit financier », *op. cit.*, p. 668.

(8) Les règlements et les circulaires édictés par la CBFA sont disponibles sur le site www.cbfa.be.

(9) *M.B.*, 4 sept. 2002, 2e éd. ; pour un aperçu général de la réforme, voy. S. KIERSZENBAUM et F. TANGHE, « Wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten », *Dr. banc. fin.*, 2002, pp. 323 et s. ; de façon plus détaillée et relativement à la réforme de l'organisation, des compétences et du fonctionnement de l'ancienne Commission bancaire et financière, voy. Ph. LAMBRECHT et J.-Fr. TOSSENS, « La réforme de la surveillance du secteur financier — Article de synthèse sur la loi du 2 août 2002 », *Rev. prat. soc.*, 2002, n° 6869, pp. 113 et s., sp. pp. 171 à 197, nos 128 à 169 ;H.-P. LEMAITRE, « La Commission bancaire et financière après les lois du 2 août 2002 : structures et compétences », *J.T.*, 2003, pp. 449 et s. ; D. VAN GERVEN, « De nieuwe organisatie en bevoegdheden van de Commissie voor het Bank- en Financiewezen en de Controledienst voor de Verzekeringen », *Dr. banc. fin.*, 2003, pp. 3 et s. ; E. PONNET et A. VAN CAUWENBERGE, « Naar een financieel toezicht voor de 21ste eeuw : de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten », *T.R.V.*, 2003, pp. 3 et s., sp. pp. 5 à 12, nos 1 à 26.

DBL5151.book Page 205 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

sions des autorités de marché chargées de surveiller le secteur financier (10). Afin de rationaliser cette surveillance, l'article 45, § 2, de la première loi du 2 août 2002 a délégué au Roi le pouvoir de prendre toutes mesures utiles en ce sens. Tel fut l'objectif de l'arrêté royal du 25 mars 2003 (11), qui a intégré l'Office de contrôle des assurances au sein de la Commission bancaire et financière et renommé par conséquence cette dernière en Commission bancaire, financière et des assurances, en abrégé C.B.F.A.

Le contrôle prudentiel, pour n'évoquer que celui-là (12), permet d'assurer la solvabilité des établissements de crédit et la liquidité des dépôts (13). Plus précisément, il « a pour objectif de préserver la confiance dans chaque établissement et dans le secteur financier dans son ensemble en assurant la protection des épargnants et des investisseurs. En d'autres termes, à un niveau micro-économique, le contrôle doit donner une assurance raisonnable que chaque établissement respectera ses engagements. Il s'agit donc fondamentalement de veiller à la sécurité des créanciers et des épargnants par la surveillance du respect des obligations et interdictions légales et réglementaires formant le statut légal des établissements de crédit » (14). La matière est en constante évolution. Ainsi, les nouvelles exigences du Comité de Bâle ont été publiées en juin 2004, comme le révèle le dernier rapport publié par l'Association belge

(10) Loi du 2 août 2002 complétant, en ce qui concerne les voies de recours contre les décisions prises par le ministre, par la CBF, par l'OCA et par les entreprises de marché et en ce qui concerne l'intervention de la CBF et de l'OCA devant les juridictions répressives, la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers et modifiant diverses autres dispositions légales (*M.B.*, 4 sept. 2002, 2e éd.).

(11) Arrêté royal du 25 mars 2003 portant exécution de l'article 45, § 2, de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers (*M.B.*, 31 mars 2003) ; les dispositions de cet arrêté royal ont été confirmées par l'article 23 de la loi-programme du 5 août 2003 (*M.B.*, 7 août 2003).

(12) On distingue ainsi le contrôle micro-prudentiel, réservé à la CBFA, du contrôle macro-prudentiel, apanage de la Banque nationale de Belgique (A. BRUYNEEL, « Synthèse de droit financier », *op. cit.*, p. 680) ; existe également le contrôle habituellement dénommé *oversight*, qui a pour objectif d'assurer en particulier le bon fonctionnement des systèmes de paiement (E. WYMEERSCH, « Aspecten van toezicht — Slotrede », *R.W.*, 2004-2005, pp. 201 et s., sp. p. 207, n° 16).

(13) Th. BONNEAU, *Droit bancaire*, 5e éd., Montchrestien, 2003, p. 29, n° 35.

(14) J.-P. SERVAIS et J.-P. DEGUÉE, « Bancassurfinance : Le contrôle prudentiel de la CBFA », in *Bancassurfinance*, Bruylant, 2005, pp. 59 et s., sp. p. 61, n° 2 ; ces auteurs ajoutent : « Au-delà du but de protection des épargnants d'établissements considérés individuellement, la finalité générique et principale du contrôle consiste à prévenir le risque dit systémique communément défini comme le risque que la défaillance d'un ou de plusieurs établissements de crédit déclenche une crise de confiance dans le système bancaire, en son entier, du pays concerné, voire au niveau international. Un tel risque de contagion trouve son origine dans l'enchevêtrement des liens financiers entre les établissements de crédit ainsi qu'à la grande volatilité des marchés financiers. Ce risque peut se matérialiser de deux manières : par la contagion d'une défaillance d'un établissement donné à ses contreparties (risque de contagion) ou encore par la survenance de retraits massifs opérés dans d'autres établissements de crédit que celui dont la défaillance menace ou est survenue, par des épargnants gagnés par la méfiance (risque d'illiquidité) ».

DBL5151.book Page 206 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

des banques et des agents de change (15). Dans une contribution à un récent congrès de l'Association des juristes flamands, le président de la Commission bancaire, financière et des assurances a établi une hiérarchie entre les intérêts que sert un tel contrôle prudentiel : si la protection du patrimoine des déposants et les considérations d'ordre social ne peuvent à cet égard être minimisées, les objectifs de nature macro-économique sont l'ultime raison d'être de la surveillance du secteur financier (16), ce que l'on peut relier à la limitation de responsabilité, si spécifique à la Commission bancaire, financière et des assurances et à ses membres, prévue par l'article 68 de la loi du 2 août 2002 (17).

Nous mentionnerons, pour en terminer avec le rôle de la Commission bancaire, financière et des assurances, la tâche supplémentaire que celle-ci est appelée à exercer à l'égard des établissements de crédit qui font partie d'un conglomérat financier. À l'appel du législateur européen, une surveillance complémentaire s'impose désormais à l'égard des établissements de crédit de droit belge qui font partie d'un groupe de services financiers ayant à sa tête une entreprise réglementée, cette dernière étant soit un établissement de crédit, soit une entreprise d'assurances, soit une entreprise d'investissement, soit une société de gestion d'organismes de placement collectif, et toute autre entreprise constituée selon un droit étranger qui, si elle avait son siège social en Belgique, serait tenue d'obte-

(15) Rapport de l'Association belge des banques, 2004, p. 21 ; sur le Comité de Bâle, créé en 1974 pour recommander des normes standardisées et des lignes de conduite aux législateurs et aux banques centrales nationales, voy. http://www.bis.org/bcbs/ ; voy. ég. les développements relatifs à la transposition en droit belge de la directive 2002/87/CE, qui s'attache au contrôle particulier des conglomérats financiers, par J.-P. SERVAIS et J.-P. DEGUÉE, « Bancassurfinance : Le contrôle prudentiel de la CBFA », *op. cit.*, pp. 96 à 100, nos 31 à 35.

(16) E. WYMEERSCH, « Aspecten van toezicht — Slotrede », *op. cit.*, sp. p. 206, n° 14.

(17) Sur la responsabilité éventuellement encourue par les autorités de contrôle en cas de défaillance d'un établissement de crédit, voy. A. BRUYNEEL, « Surveillance des établissements de crédits, indemnisation et responsabilité. Quelques réflexions d'ensemble », *Rev. Banque*, 2000, pp. 462 et s. ; depuis l'entrée en vigueur de l'article 68 de la loi du 2 août 2002, qui limite la responsabilité de la C.B.F.A. et de ses membres aux cas de dol et de faute lourde, voy. les développements de H.-P. LEMAITRE, « La Commission bancaire et financière après les lois du 2 août 2002 : structures et compétences », *op. cit.*, p. 460, n° 34, G. LAENEN, « De aansprakelijkheid van overheidstoezichthouders », *R.W.*, 2004-2005, pp. 211 et 212 et L. WYNANT, « De aansprakelijkheid van overheidstoezichthouders », *R.W.*, 2003-2004, pp. 1563 et s., sp. pp. 1569 à 1573 ; voy. ég. les remarquables contributions de M. TISON, tant avant (« Challenging the Prudential Supervisor : Liability versus Regulatory Immunity », *Working Paper Series*, n° 2003-04 et « Who's Afraid of Peter Paul ? The European Court of Justice to Rule on Banking Supervisory Liability », *Working Paper Series*, n° 2004-11) qu'après (« Chronique de jurisprudence et législation communautaire — Intermédiaires et marchés financiers [1er octobre 2003-1er novembre 2004] », *Working Paper Series*, n° 2004-12, et « Do not attack the watchdog ! Banking supervisor's liability after Peter Paul », *Working Paper Series*, n° 2005-2) l'arrêt *Peter Paul* de la Cour de justice des Communautés européennes, qui a dénié aux instruments européens applicables en matière bancaire et à la garantie des dépôts le fondement juridique d'une action en responsabilité dirigée contre les autorités de contrôle prudentiel bancaire ; sans préjudice de leur publication dans des revues juridiques, ces contributions sont disponibles sur le site du Financial Law Institute de l'Université de Gand (http://www.law.rug.ac.be/fli/).

DBL5151.book Page 207 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

nir un agrément pour exercer l'activité d'entreprise d'investissement ou de société de gestion d'organismes de placement collectif (18).

121. État des lieux. Dans notre pays, l'essentiel des services bancaires de la vie quotidienne est naturellement exercé par des établissements de crédit de droit belge. La Commission bancaire, financière et des assurances établit tous les ans une liste des établissements de crédit agréés par elle (19). Néanmoins, l'activité bancaire ne s'est jamais cloisonnée. Le phénomène ne pouvait que prendre de l'essor en raison du principe de libre circulation des capitaux voulu par la construction européenne. Dès lors, des banques étrangères exercent une telle activité en Belgique tantôt via des succursales (20), tantôt via la libre prestation de services. L'article 6 de la loi du 22 mars 1993 réserve, à quelques nuances près, le « label bancaire » aux établissements de crédit établis en Belgique, aux établissements de crédit relevant du droit d'un autre État membre de la Communauté européenne opérant en Belgique conformément à l'article 66 et aux bureaux de représentation visés à l'article 85. Nous reviendrons sur l'internationalisation de l'activité bancaire dans un chapitre ultérieur (21).

122. Plan de la section. Méritent un examen approfondi, aux fins de notre étude, les normes assurant d'une part le fonctionnement des systèmes intégrés de paiement, nonobstant une éventuelle défaillance bancaire (sous-section I) et d'autre part la protection des dépôts auprès des établissements de crédit (sous-section II).

---

(18) La loi du 20 juin 2005 portant modification de la loi du 9 juillet 1975 relative au contrôle des entreprises d'assurances, de la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit, de la loi du 6 avril 1995 relative au statut des entreprises d'investissement et à leur contrôle, aux intermédiaires et conseillers en placements et de la loi du 20 juillet 2004 relative à certaines formes de gestion collective de portefeuilles d'investissement, et portant d'autres dispositions diverses (*M.B.*, 26 août 2005, 3e éd.) a assuré, entre autres, la transposition de la directive 2002/87/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2002 relative à la surveillance complémentaire des établissements de crédit, des entreprises d'assurance et des entreprises d'investissement appartenant à un conglomérat financier, et modifiant les directives 73/239/CEE, 79/267/CEE, 92/49/CEE, 92/96/CEE, 93/6/CEE et 93/22/CEE du Conseil et les directives 98/78/CE et 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil ; voy. particulièrement l'article 49*bis* de la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit, tel que modifié par cette loi du 20 juin 2005 ; remarquons incidemment que pour l'application des articles 49 et 49*bis* de la loi du 22 mars 1993, sont assimilés à des établissements financiers, les sociétés de gestion d'organismes de placement collectif, les organismes de liquidation visés à l'article 2, 17°, de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers, ainsi que les organismes dont l'activité consiste à assurer, en tout ou en partie, la gestion opérationnelle de services fournis par de tels organismes de liquidation (art. 3, § 1er, 5°, alinéa 2, nouveau de la loi du 22 mars 1993).

(19) Voy. ainsi la liste, arrêtée par la C.B.F.A. au 31 décembre 2004, des établissements de crédit agréés en Belgique, pris en exécution de l'article 13 de la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit (*M.B.*, 15 mars 2005).

(20) La loi du 22 mars 1993 entend par succursale « un siège d'exploitation qui constitue une partie dépourvue de personnalité juridique d'un établissement de crédit et qui effectue directement, en tout ou en partie, les opérations inhérentes à l'activité d'établissement de crédit ; plusieurs sièges d'exploitation créés dans le même État par un établissement de crédit ayant son siège social dans un autre État sont considérés comme une seule succursale » (art. 3, § 1er, 6°).

(21) Voy. *infra*, nos 210 et s.

DBL5151.book Page 208 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

Sous-section I

Les systèmes de paiement

123. Nécessité des relations interbancaires. Une circulation fluide des avoirs en compte nécessite à l'évidence que se tisse un réseau structuré entre les différents organismes de crédit (22). Il n'est que de relever le cas banal d'un virement d'une somme de compte à compte ouverts dans des organismes de crédit différents ; contrairement à l'hypothèse d'un virement fait entre titulaires de comptes auprès d'une même banque (23), qui sera exclusivement traitée par la comptabilité interne de celle-ci, pareille opération nécessite l'intervention soit d'une banque correspondante, soit d'un système de paiement (24).

En découle la nécessité de la création d'organismes, fruit d'une coopération des banques entre elles (25), dont la mission consiste à assurer la transmission des données relatives à ces transactions et à dégager du nombre gigantesque d'opérations croisées le montant effectif et le sens des transferts scripturaux, via le procédé du clearing. Celui-ci peut être défini comme « un mécanisme de transmission de données relatives à des transactions commerciales ou financières, d'enregistrement des opérations qui les sous-tendent, de calcul et de liquidation des positions respectives des parties, qui se fait généralement à l'intermédiaire d'un organisme privé ou public dénommé chambre de clearing » (26).

Dans une brève présentation de ces « invisibles des paiements bancaires », comme les a qualifiés M. Thunis en soulignant la complexité de leur régime (27), nous procéderons aux relevés successifs des différents systèmes de paiement opérant en Belgique (§ 1er) et des dis-

(22) X. THUNIS, *Responsabilité du banquier et automatisation des paiements*, Presses universitaires de Namur, 1996, p. 125, n° 86.

(23) A. BRUYNEEL, « Le virement », in *La banque dans la vie quotidienne*, Jeune Barreau de Bruxelles, 1986, p. 367, n° 13 ; Th. BONNEAU, *Droit bancaire*, *op. cit.*, p. 579, n° 809.

(24) R. STEENNOT, *Elektronisch betalingsverkeer — Een toepassing van de klassieke principes*, Intersentia, 2002, nos 131 et 876 ; sur l'intervention des banques correspondantes, que l'on relevait particulièrement naguère pour l'exécution des virements transfrontaliers de petits montants, voy., du même auteur, « De interbancaire afwikkeling van betalingen », Financial Law Institute, Universiteit Gent, *Working Paper Series*, n° 2000-07, nos 10 à 13.

(25) « L'encadrement juridique des transferts et paiements scripturaux est largement le résultat des conventions conclues entre les établissements de crédit et leurs clients, d'une part, entre établissements de crédit et organismes de compensation d'autre part » (E. WYMEERSCH, « Aspects juridiques de certains nouveaux moyens de paiement », *Rev. Banque*, 1995, pp. 17 et s., sp. p. 19, n° 8).

(26) V. SIMONART, « Le clearing et le netting — Notions fondamentales », *Rev. Banque*, 1994, pp. 121 et s., sp. n° 2 ; *adde* M. DELIERNEUX, « Rapport de synthèse et conclusions générales », *Rev. Banque*, 1994, pp. 174 et s., p. 174.

(27) X. THUNIS, *Responsabilité du banquier et automatisation des paiements*, *op. cit.*, p. 18, n° 11, qui écrit à l'issue de sa recherche : « Cette complexité des systèmes va le plus souvent de pair avec l'opacité de ceux-ci, c'est-à-dire la difficulté, voire l'impossibilité, pour ceux qui les utilisent ou même ceux qui les exploitent, d'en connaître les principes, les contraintes et les modalités de fonctionnement, et, par conséquent, d'en repérer les causes d'incidents et d'y porter remède » (*ibid.*, p. 292, n° 201).

DBL5151.book Page 209 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

positions légales tendant à assurer l'intégrité du système en cas de défaillance d'un de ses membres (§ 2).

§ 1. Les organismes interbancaires en Belgique et à l'échelon européen

124. Les transactions de faible importance. On opère traditionnellement une distinction entre les organismes interbancaires selon leur mode de fonctionnement (28). Les transactions de faible importance, qui représentent un volume extrêmement important d'opérations tout en restant modestes quant au montant global des mouvements de fonds quotidiens (29), sont traitées par le Centre d'échange et de compensation (en abrégé C.E.C.) et, de façon très marginale, par la Chambre de compensation de Belgique (30), tous deux gérés par la Banque nationale de Belgique selon des modalités propres (31).

L'objet social du C.E.C. est ainsi défini par l'article 4 de ses statuts : « Le CEC a pour premier but d'organiser des échanges d'informations standardisées relatives, principalement, à des transferts de fonds, susceptibles d'être traitées par ordinateur. Il a également pour but de permettre la compensation entre ses membres effectifs, agissant en leur nom pour compte propre ou pour compte d'autrui, de tous les paiements liés aux transferts de fonds échangés. Le CEC peut accomplir tous les actes se rapportant directement ou indirectement à son but. Le CEC peut notamment prêter son concours et s'intéresser à toute activité similaire à son but » (32).

Un des fondements du fonctionnement du C.E.C. est qu'il traite de façon continue les opérations qu'il reçoit 24 heures sur 24. Les établisse-

(28) A. VAES, « Impact van de euro op de girale betalingssystemen », *Rev. banc. fin.*, 2002, pp. 3 et s., sp. p. 4 ; D. DEVOS, « Protection juridique des systèmes de paiement et de règlement titres en Belgique », *Rev. Banque*, 2000, pp. 313 et s., sp. p. 316, nos 6 et 7, note 18 ; Ch.-Gh. WINANDY, « Contribution à l'étude sur la nature juridique du virement », *Dr. banc. fin.*, 2002, pp. 187 et s., sp. p. 188 à 190, nos 5 à 10.

(29) Pour un exemple chiffré, voy. Ch.-Gh. WINANDY, « Contribution à l'étude sur la nature juridique du virement », *op. cit.*, pp. 188 et 189, n° 7.

(30) La Chambre de compensation ne joue plus qu'un rôle fort réduit dans les transferts financiers ; depuis la disparition des assignations postales, seuls les chèques y sont encore traités manuellement ; ce traitement intervient via un netting multilatéral (R. STEENNOT, « De interbancaire afwikkeling van betalingen », Financial Law Institute, Universiteit Gent, *Working Paper Series*, n° 2000-07, n° 18) ; l'usage du chèque étant en nette régression, la disparition de la Chambre de compensation pourrait intervenir dans un futur proche.

(31) Pour une présentation claire et rapide du C.E.C., voy. X. THUNIS, *Responsabilité du banquier et automatisation des paiements*, *op. cit.*, pp. 39 et 40, n° 27 ; voy. ég. http://www.betalingssystemen.be.

(32) Aux termes de l'article 5 des statuts de l'A.S.B.L., « le cadre juridique et technique sous-tendant les activités visées à l'article 4 est défini dans les dossiers utilisateurs établis par le CEC à l'usage de ses membres effectifs et adhérents, qui ont une nature contractuelle ».

DBL5151.book Page 210 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

ments de crédit répartissent les ordres entre différentes applications selon leur nature, et les envoient par lots au C.E.C. Le participant peut, à tout moment de la journée, ordonner l'exécution des lots et consulter l'état d'avancement de leur exécution. Depuis le 1er janvier 2001, les échanges entre le C.E.C. et ses participants s'opèrent par tele-processing.

Un autre trait caractéristique du fonctionnement du C.E.C. est le netting, défini comme « une opération qui permet de dégager le solde de créances et de dettes résultant de transactions entre deux (netting bilatéral) ou plusieurs parties (netting multilatéral), en principe par une compensation ou une novation » (33). Ce procédé implique la comparaison des totaux des ordres reçus et des ordres remis, dont il résulte un solde net par jour pour chaque participant. La liquidation réelle du solde s'effectue par une écriture sur le compte détenu par chaque membre auprès de la BNB (34). Dans la première partie de notre recherche, nous avons remarqué que la dénomination propre à ce mécanisme financier est devenue synonyme de compensation (35).

125. Les transferts de montants importants. Les opérations portant sur des montants importants (plus de 500 000 euros), issues principalement des marchés financiers, sont traitées par un système de liquidation brute, c'est-à-dire opération par opération. En Belgique, il s'agit du système ELLIPS (acronyme de Electronic Large Value Interbank Payment System), détenu par l'association sans but lucratif du même nom et géré par la Banque nationale de Belgique (36). Ce système, entré en fonction en septembre 1996, induit une liquidation définitive et immédiate de chaque ordre de paiement individuel par le crédit et le débit des comptes que les participants possèdent à la Banque nationale de Belgique. L'exécution immédiate de l'ordre n'interviendra cependant pas si le compte

(33) V. SIMONART, « Le clearing et le netting — Notions fondamentales », *op. cit.*, n° 2 ; après un examen des différents systèmes de paiement et formes de netting, l'auteur relève qu'une des difficultés de la matière réside en « l'utilisation protéiforme de certains termes fondamentaux » (*ibid.*, p. 129, n° 43) ; comp. avec la définition donnée par M. Devos : « Un processus de compensation conventionnelle d'obligations réciproques entre deux ou plusieurs parties (généralement des banques), permettant de dégager un montant « net » à payer par une partie à une autre, à savoir le solde, le reliquat issu de la compensation ayant en effet provoqué l'extinction des obligations en cause à concurrence de la dette la moins élevée » (D. DEVOS, « Le « netting » en droit belge », *Rev. Banque*, 1994, pp. 162 et s., p. 162).

(34) Pour une présentation plus précise du fonctionnement du C.E.C., voy. X. THUNIS, *Responsabilité du banquier et automatisation des paiements*, *op. cit.*, pp. 128 à 147, nos 88 à 102.

(35) Voy. *supra*, n° 101.

(36) L'article 3 des statuts de l'A.S.B.L. ELLIPS est ainsi rédigé : « ELLIPS a pour but d'assurer l'échange entre ses membres effectifs de tous les ordres de paiement interbancaires décrits dans le règlement et leur présentation à la Banque nationale de Belgique afin que cette dernière effectue, en ses livres, la liquidation en temps réel du montant brut de chaque ordre. Les membres effectifs agissent en leur nom, soit pour compte propre soit pour compte des établissements de crédit qu'ils représentent. Les opérations d'ELLIPS sont régies par les dispositions du règlement et du dossier utilisateur, qui ont une nature contractuelle. ELLIPS peut également offrir tous services accessoires à son objet principal ».

DBL5151.book Page 211 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

du participant n'est qu'insuffisamment approvisionné et qu'il ne peut obtenir un crédit provisoire. L'opération est alors placée sur une liste d'attente et est rejetée en fin de journée si elle n'a pas connu d'exécution avant ce moment (37).

126. Au degré européen. Signalons qu'existe également un système de paiement à l'échelon européen, déjà souhaité par la lutte contre le risque systémique, mais rendu indispensable par l'Union monétaire. Ce système, baptisé TARGET (acronyme de Trans-European Automated Real-time Gross settlement Express Transfer system), relie entre elles les différentes banques centrales de la zone euro (38) et tend à permettre l'accomplissement de paiements internationaux de façon rapide, efficace et bon marché. Lorsqu'une banque d'un État membre souhaite opérer un versement à une banque d'un autre État, il lui suffit d'adresser l'ordre de paiement à sa propre banque centrale ; cette dernière se chargera de transférer l'instruction à la banque centrale du second État, laquelle la répercutera enfin au destinataire final (39).

Une évolution se dessine vers une plus forte intégration européenne. Ainsi, un récent rapport de l'Association belge des banques révèle que « la décision a été prise de créer une chambre de compensation paneuropéenne (PE-ACH pour Pan European Automated Clearing House) au travers de laquelle toutes les banques européennes seront joignables pour les opérations de paiement. Concrètement, c'est le système STEP2 de la Euro Banking Association (EBA) qui assumera, en tant que premier prestataire de services, le rôle de la PE-ACH. STEP2 a démarré le 28 avril 2003 avec un groupe restreint de banques pilotes. L'on escompte que d'autres banques les rejoindront assez rapidement » (40).

§ 2. Réglementation dérogatoire applicable aux établissements de crédit et aux organismes interbancaires

127. Raison d'être des dispositions légales. Comme l'écrit M. Devos, « il a toujours été primordial de s'assurer que les paiements interbancai-

(37) R. STEENNOT, « De interbancaire afwikkeling van betalingen », Financial Law Institute, Universiteit Gent, *Working Paper Series*, n° 2000-07, *op. cit.*, n^{os} 20 et 21 ; V. SIMONART, « Le clearing et le netting — Notions fondamentales », *op. cit.*, p. 124, n° 17.

(38) TARGET se différencie des systèmes nationaux tels ELLIPS en ce qu'il n'est en relation qu'avec les différents systèmes nationaux fonctionnant en brut (R. STEENNOT, « De interbancaire afwikkeling van betalingen », *op. cit.*, n° 23) ; on notera que la Grande-Bretagne, le Danemark et la Suède sont également membres du système Target.

(39) Voy. A. VAES, « Impact van de euro op de girale betalingssystemen », *op. cit.*, pp. 3 et s. ; l'auteur évoque la mise en place, dans un futur proche, d'un système de paiement à l'échelon mondial (C.L.S.) et constate la difficulté et le coût que représente un système de transferts transfrontaliers de fonds au profit des particuliers.

(40) *La banque dans la société*, Rapport 2003, Association belge des banques, p. 18.

DBL5151.book Page 212 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

res liquidés dans un système de paiement national et les transactions sur titres liquidées dans un système-titres puissent être irrévocables et définitifs, nonobstant la défaillance d'un participant et que les garanties constituées dans le cadre desdits systèmes […] puissent être aussi efficaces en cette dernière hypothèse » (41). En d'autres termes, il s'agissait de supprimer les aléas déduits des principes généraux applicables en droit de l'insolvabilité (42).

Certes rares (43), les défaillances bancaires sont susceptibles de provoquer des perturbations inacceptables pour le système. « Le principal inconvénient du netting […] est qu'il peut aboutir à accroître le risque systémique, c'est-à-dire le risque que la faillite d'une banque n'entraîne par répercussion celle d'autres banques, dans la mesure où la validité du netting serait, avec succès, remise en cause par un liquidateur. Cela entraînerait en effet l'obligation pour les banques contreparties de l'établissement défaillant de payer des montants bruts au lieu des montants nets auxquels ils s'attendaient » (44).

128. Relevé des risques. Il est possible de procéder à un inventaire plus précis des difficultés que pose le droit commun de la faillite relativement au fonctionnement adéquat des systèmes de paiement (45). Tout d'abord, la faillite, à l'instar de toute forme de concours, interdisait jusqu'il y a peu par principe la compensation postérieure à sa survenance (46). Or, le

(41) D. DEVOS, « Protection juridique des systèmes de paiement et de règlement titres en Belgique », *op. cit.*, sp. p. 314, n° 3 ; voy. ég. J.-P. BUYLE et O. CREPLET, « La responsabilité des gestionnaires des systèmes de paiement électronique, appréciée dans le contexte global de ceux-ci », in *Aspects juridiques du paiement électronique*, Kluwer, 2004, t. 2, pp. 25 et s., sp. pp. 32 et 33, n° 8 ; en droit français, voy. E. CHVIKA, *Droit privé et procédures collectives*, *op. cit.*, pp. 141 et s., nos 152 et s.

(42) « La participation des banques ou sociétés financières à des systèmes internationaux de simplification des paiements risquait d'être compromise si le législateur n'était pas intervenu pour supprimer les incertitudes liées à l'application du régime de la compensation aux mécanismes de simplification des paiements » (A.-V. DELOZIÈRE-LE FUR, La compensation dite multilatérale, *op. cit.*, p. 40, n° 27).

(43) On connaît cependant les cas célèbres des faillites des banques Max Fischer, B.C.C.I. et Barings (D. DEVOS, « Protection juridique des systèmes de paiement et de règlement titres en Belgique », *op. cit.*, pp. 316 et 317, nos 9 et 10, note 24) ; sur la manière dont fut gérée la liquidation de la banque B.C.C.I., voy. G. et Y. BADEN, « Diagonales en matière de liquidation des établissements de crédit et fonds d'investissement », in *Droit bancaire et financier au Luxembourg*, vol. I, Larcier, 2004, pp. 177 et s., sp. pp. 186 à 203 ; voy. ég. M. VASSEUR, « Le traitement des défaillances des établissements de crédit », *D.*, 1992, somm. comm., pp. 353 et s. et D., 1995, somm. comm., pp. 385 et s.

(44) D. DEVOS, « Le « netting » en droit belge », *op. cit.*, p. 164.

(45) Nous laisserons hors de notre propos les problèmes de droit international privé ; sur ces difficultés et les solutions du droit belge, voy. R. STEENNOT, Elektronisch betalingsverkeer — Een toepassing van de klassieke principes, *op. cit.*, pp. 589 à 594, nos 906 à 915.

(46) Sur ce principe, les exceptions qui l'atténuent et la récente révolution qu'a connue cette matière, voy. *supra*, nos 88 et s.

DBL5151.book Page 213 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

netting est une figure apparentée à ce paiement simplifié (47). Par ailleurs, le caractère rétroactif à minuit du prononcé de la faillite est susceptible de remettre en cause le traitement des ordres survenus ce jour-là (48). Enfin, l'incertitude de l'opposabilité aux tiers, en cas de concours, des garanties fondées sur l'usage de la propriété rendent *a priori* précaires les mécanismes consentis par les organismes de crédit pour assurer le recouvrement du crédit temporaire qui leur serait consenti dans le cadre du fonctionnement du système de paiement (49).

Des interventions législatives étaient donc nécessaires pour remédier à ces incertitudes, sinon ces obstacles purs et simples à l'intégrité du système (50). Il est utile de les évoquer ici, car elles peuvent s'avérer riches d'enseignement, peut-être *a contrario*, pour apprécier l'opposabilité de certaines conventions bancaires aux tiers. Avant de les aborder, il convient de noter qu'afin d'assurer un fonctionnement correct des systèmes de paiement, de compensation et de règlement, ceux-ci sont soumis à la surveillance de la Banque nationale de Belgique, qui exerce celle-ci dans le cadre du Système européen de banques centrales (51).

129. Textes applicables. Les dispositions relevantes sont, d'une part, les articles 14 à 16 de la loi du 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières et, d'autre part, la loi du 28 avril 1999 visant à transposer la directive 98/26/CE du 19 mai 1998 concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres (52). Incluant dans ses prévisions l'intervention dans le proces-

(47) Sur les relations entre netting et compensation, voy. V. SIMONART, « Le clearing et le netting — Notions fondamentales », *op. cit.*, p. 126, n° 26 ; comp. et *contra* D. DEVOS, « Le « netting » en droit belge », *op. cit.*, p. 163.

(48) Mme Delozière-Le Fur constate que la règle de la rétroactivité à minuit posait particulièrement problème en raison des décalages horaires entre places financières (A.-V. DELOZIÈRE-LE FUR, *La compensation dite multilatérale*, *op. cit.*, p. 41, n° 28).

(49) R. STEENNOT, *Elektronisch betalingsverkeer — Een toepassing van de klassieke principes*, *op. cit.*, p. 577 à 580, n^{os} 886 à 890.

(50) M. Devos écrit que les interventions législatives ont eu pour but de « renforcer la base juridique des mécanismes de règlement ou des garanties en relation avec les systèmes de paiement et de règlement sur titres » (D. DEVOS, « Protection juridique des systèmes de paiement et de règlement titres en Belgique », *op. cit.*, p. 315, n° 5) ; en effet, selon l'auteur, des stipulations conventionnelles constituaient déjà une base juridique valable en vertu de l'article 1134 du Code civil ; il reste cependant, à nos yeux, que la création d'obligations dans le chef de tiers aux conventions ne va de pas de soi.

(51) Sur ce point, voy. M. AVELLA SHAW, « L'oversight exercé par la Banque nationale de Belgique sur la monnaie électronique — Considérations générales », in *Aspects juridiques du paiement électronique*, Kluwer, 2004, t. 2, pp. 3 à 10 ; l'auteur distingue particulièrement les concepts de surveillance et de contrôle prudentiel.

(52) Sur cette dernière directive, voy. D. DEVOS, « Collatoral transactions in payment and securities settlement systems : the EU Framework », *Dr. banc. fin.*, 2002, pp. 10 et s ; nous avons examiné précédemment (*supra*, n^{os} 97 et s.) la manière dont la directive 2002/47 a été transposée en droit belge, spécialement en ce qui concerne la compensation.

DBL5151.book Page 214 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

sus de paiement d'un organisme étranger (53), cette législation a évidemment mis l'accent sur les problèmes de droit international privé.

L'agencement de ces législations n'est pas évident. Édicté en premier lieu et abrogé par la loi précitée relative aux sûretés financières (54), l'article 157, § 1er, de la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit n'avait, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 28 avril 1999, vocation à s'appliquer que lorsque la banque défaillante n'était pas partie à un système de paiement mais intervenait en qualité de correspondant dans le règlement du paiement scriptural (55).

(53) L'article 2, §§ 2 à 5, de cette loi du 28 avril 1999 détermine son champ d'application ratione personae : « § 2. La présente loi est applicable à tout participant aux systèmes visés au paragraphe 1er, ce qui peut comprendre les établissements de crédit au sens de la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit, les entreprises d'investissement au sens de la loi du 6 avril 1995 relative aux marchés secondaires, au statut des entreprises d'investissement et à leur contrôle et aux intermédiaires et conseillers en placements, toute personne de droit public belge ou étrangère ou toute entreprise contrôlée opérant sous la garantie d'un État et toute entreprise ayant son siège social hors du territoire de l'Union européenne, dont les fonctions correspondent à celles des établissements de crédit ou des entreprises d'investissement visés plus haut.

Est également considéré comme « participant » au sens de la présente loi, tout gestionnaire, agent de règlement ou entité responsable des systèmes qu'elle vise, en particulier la Banque nationale de Belgique, les ASBL ELLIPS et CEC, la CIK, Beltox sc, la société anonyme de droit belge Euroclear Bank, ainsi que les gestionnaires des systèmes de règlement-titres désignés par d'autres États membres de l'Union et notifiés comme tels à la Commission européenne, ainsi, au besoin, que toute autre banque centrale, d'un État membre de l'Union européenne ou non. et la Banque centrale européenne.

§ 3. Est également considéré comme un participant au sens de la présente loi tout établissement de crédit, au sens défini au paragraphe qui précède, dont les ordres de paiement en espèces sont exécutés par l'intermédiaire d'un participant à un système de paiement, en vertu d'un accord de commission ou de mandat. L'établissement de crédit agissant ainsi à l'intervention d'un participant à un système de paiement doit être connu des organismes en charge dudit système.

§ 4. La présente loi est également applicable, s'il échet, pour ce qui concerne la détermination, au regard du droit belge, des droits et des obligations découlant de la participation d'un participant de droit belge visé au § 2 du présent article à un système d'un État membre de l'Union européenne tel que notifié par les autorités compétentes dudit État à la Commission européenne, ou d'un État tiers » ; le cinquième paragraphe permet au Roi de modifier la liste des systèmes et d'étendre la liste des participants à ces derniers.

(54) Aux termes de l'ancien paragraphe 1er, alinéa 1er, de l'article 157 de la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit, « les conventions de compensation bilatérale ou multilatérale, ainsi que les conditions résolutoires expresses stipulées pour permettre la compensation, entre établissements de crédit ou entre établissements de crédit et établissements chargés de la compensation, ou du règlement de paiements ou d'opérations financières peuvent, en cas de faillite ou de toute autre situation de concours, être opposées aux créanciers si la créance et la dette à compenser existaient dans le même patrimoine lors de la survenance du concours, quels que soient la date de leur exigibilité, leur objet ou la monnaie dans laquelle elles sont libellées » ; sur cette disposition, voy. E. WYMEERSCH, « Aspects juridiques de certains nouveaux moyens de paiement », *op. cit.*, pp. 17 et s., sp. p. 19, n° 9 ; nous ne reproduisons ici que partiellement l'article 157 de la loi du 22 mars 1993 ; on notera les nuances apportées par le deuxième alinéa du premier paragraphe ; par ailleurs, par un arrêté royal du 28 janvier 1998, l'application de l'article 157 avait été étendue à d'autres catégories d'institutions financières (*M.B.*, 13 févr. 1998) ; cette extension concernait la protection des investisseurs et ne nous intéresse donc pas ici.

(55) R. STEENNOT, *Elektronisch betalingsverkeer — Een toepassing van de klassieke principes*, *op. cit.*, nos 876, 896 et 947.

DBL5151.book Page 215 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

130. Opposabilité du netting. L'article 157, § 1er, de la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit assurait jusqu'il y a peu, à titre dérogatoire, l'efficacité de la compensation après faillite, sans que les conditions restrictives déduites de la doctrine et de la jurisprudence en soient rencontrées (56). Une disposition plus récente s'est donné le même objectif : il s'agit de l'article 3, § 1er, de la loi du 28 avril 1999 précitée (57). Les conditions d'application de ces deux dispositions différaient (58). Limitons-nous à relever que le deuxième alinéa de cette dernière disposition écarte les périls de l'application des inopposabilités de la période suspecte, alors que tel n'était pas le cas de l'article 157 de la loi du 22 mars 1993, bien au contraire (59) ; quant au troisième alinéa de l'article 2, il permet au gestionnaire du système, habilité quant à ce par des dispositions contractuelles applicables, de combler *proprio motu* la position débitrice de l'établissement défaillant, par débit du compte de règlement ou usage de crédit qui lui aurait été consenti (60).

L'article 157, § 1er, de la loi du 22 mars 1993 a été abrogé par la loi du 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières. L'opposabilité des conventions de netting est désormais consacrée par l'article 14 de

(56) D. DEVOS, « Protection juridique des systèmes de paiement et de règlement titres en Belgique », *op. cit.*, p. 316, n° 8.

(57) En vertu de cette disposition, « la compensation des ordres de transfert d'espèces ou d'instruments financiers, et des créances et obligations résultant de ces ordres, au sein d'un système est valable et opposable aux tiers, y compris en cas de faillite, concordat judiciaire ou en cas de situation de concours autre que la faillite à l'encontre d'un participant, pour autant que les ordres de transfert en question aient été introduits dans un système, en vertu des règles de ce dernier, avant la survenance de la faillite, du concordat judiciaire ou du concours ou si ces ordres ont été introduits et exécutés à un moment où l'organisme gestionnaire ou l'agent de règlement peut établir qu'il était dans l'ignorance légitime de la survenance antérieure de la faillite, du concordat judiciaire ou du concours à l'encontre du participant concerné » ; pour un examen des conditions d'application de ce texte, voy. R. STEENNOT, *Elektronisch betalingsverkeer — Een toepassing van de klassieke principes*, *op. cit.*, pp. 580 à 582, nos 892 à 893.

(58) Voy. sur ce point R. STEENNOT, *Elektronisch betalingsverkeer — Een toepassing van de klassieke principes*, *op. cit.*, pp. 612 et 613, nos 954 et 955.

(59) Aux termes de cette disposition abrogée et remplacée par une disposition plus large par la loi du 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières, « les conventions visées à l'alinéa 1er, conclues depuis l'époque déterminée par le tribunal comme étant celle de la cessation des paiements par le débiteur ou dans les dix jours qui précèdent cette époque, ne sont pas opposables aux créanciers si elles concernent des dettes non échues antérieurement contractées » (art. 157, § 1er, al. 2, de la loi du 22 mars 1993).

(60) « Nonobstant la faillite, la mise en concordat judiciaire ou la survenance d'une situation de concours à l'encontre d'un participant à un système, le gestionnaire ou l'agent de règlement peut, si les dispositions contractuelles applicables l'y autorisent, débiter d'office le compte de règlement du participant en défaut d'acquitter ses obligations, en particulier aux fins d'apurer le solde débiteur de ce dernier après compensation et permettre ainsi le règlement final du système. S'il échet, le gestionnaire ou l'agent de règlement est également autorisé, aux conditions contractuelles applicables, à prélever d'office les sommes ou les instruments financiers nécessaires à l'exécution des obligations du participant, en particulier quant à l'apurement du solde débiteur du participant en défaut par voie d'utilisation de l'ouverture de crédit (en ce compris un prêt d'instruments financiers) éventuellement consentie audit participant, dans les limites des garanties attachées à l'ouverture de crédit au jour du règlement ».

DBL5151.book Page 216 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

cette loi, que nous avons déjà examiné dans la première partie de la présente recherche (61).

131. Caractère définitif des ordres de transfert. L'article 4 de la loi du 28 avril 1999 assure sous certaines conditions l'irrévocabilité des ordres de transfert et des paiements qui en résultent : « Les ordres de transferts d'espèces ou d'instruments financiers, et les paiements résultant de ces ordres, sont valables et opposables aux tiers, y compris en cas de faillite, concordat judiciaire ou en cas de situation de concours autre que la faillite à l'encontre d'un participant, pour autant que les ordres de transfert en question aient été introduits dans un système, en vertu des règles de ce dernier, avant la survenance de la faillite, du concordat judiciaire ou du concours ou si ces ordres ont été introduits et exécutés à un moment où l'organisme gestionnaire ou l'agent de règlement peut établir qu'il était dans l'ignorance légitime de la survenance antérieure de la faillite, du concordat judiciaire ou du concours à l'encontre du participant concerné. L'exécution de tels ordres, et des paiements résultant de ces ordres, dans un système, même postérieure à la faillite, au concordat judiciaire ou à la survenance de la situation de concours à l'encontre d'un participant, est valable et définitive et ne peut plus être remise en cause pour quelque raison que ce soit ».

Aux termes du second paragraphe de cette disposition, « si les règles de fonctionnement d'un système prévoient l'irrévocabilité des ordres de transferts d'espèces ou d'instruments financiers à partir d'un certain moment, cette irrévocabilité s'impose en tous les cas au participant donneur d'ordre ou à tout tiers ».

132. Écartement de la rétroactivité à minuit du prononcé de la faillite. En vertu de l'article 6 de la loi du 28 avril 1999, « sans préjudice des articles 3 et 4 de la présente loi et de l'article 157, § 2, de la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit tel qu'étendu à d'autres catégories d'institutions financières par l'arrêté royal du 28 janvier 1998, une procédure de faillite ne peut avoir, sur les droits et obligations d'un participant liés à la participation de celui-ci à un système, d'effet rétroactif par rapport au moment du prononcé du jugement déclaratif de faillite ».

(61) Voy. *supra*, n^os^ 99 et s. ; pour rappel, cette disposition est ainsi libellée : « 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 ».

DBL5151.book Page 217 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

La réserve faite par le texte de l'application de l'article 157, § 2, de la loi du 22 mars 1993 s'explique en raison du fait que cette dernière disposition a une portée plus large que l'article 6 de la loi du 28 avril 1999 (62). D'un point de vue probatoire en effet, le maintien d'une opération accomplie le jour de la faillite sera plus aisé dans le cadre de l'application de l'article 157, § 2, de la loi du 22 mars 1993, puisqu'il incombera au curateur de prouver la connaissance de la faillite dans le chef de l'autre institution financière impliquée dans la liquidation du paiement (63). Remarquons cependant que la réserve faite par la loi du 28 avril 1999 de l'article 157, § 2, de la loi du 22 mars 1993 est désormais inélégante, puisque les deuxième et troisième paragraphes de cette disposition en sont devenus les premier et second paragraphes, en application de l'article 24 de la loi du 15 décembre 2004 (64). La réserve faite par la loi du 28 avril 1999 vise donc en réalité l'article 157, § 1er, de la loi du 22 mars 1993.

133. Période suspecte. La loi du 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières déroge de façon substantielle au droit commun de la faillite en matière de période suspecte. Aux termes de l'article 15, § 1er, de cette loi, « les conventions […] de netting sont valables et opposables aux tiers et peuvent donc sortir leurs effets y compris en cas de procédure d'insolvabilité ou de saisie ou en cas de situation de concours, si la conclusion de ces conventions précède le moment de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, la survenance d'une saisie ou d'une situation de concours, ou si ces conventions ont été conclues après ce moment, dans la mesure où la contrepartie peut se prévaloir au moment où la convention a été conclue d'une ignorance légitime de l'ouverture ou de la survenance antérieure d'une telle procédure ou situation ». De plus, selon l'article 16, § 3, de cette même loi, « 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 ».

(62) « Sans préjudice des dispositions du § 1er et des articles 445 à 449 du livre III du Code commerce, les paiements, opérations et actes effectués par un établissement de crédit et les paiements faits à un pareil établissement le jour de sa déclaration en faillite, sont valables s'ils précèdent le moment du jugement déclaratif de faillite ou s'ils ont été effectués dans l'ignorance de la faillite de l'établissement de crédit ».

(63) R. STEENNOT, *Elektronisch betalingsverkeer — Een toepassing van de klassieke principes*, *op. cit.*, p. 610 et 611, n° 949.

(64) Autre inélégance, l'article 157, § 1er, commence par réserver l'application d'un premier paragraphe qui n'existe plus…

DBL5151.book Page 218 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

134. Sûretés conférées dans le cadre du fonctionnement du système de paiement. On mentionne que le législateur belge est également intervenu tant pour éviter une éventuelle paralysie des procédures de réalisation des sûretés en raison de la survenance du concours que pour assurer l'efficacité de nouvelles formes de ces dernières, telles les opérations de cession-rétrocession, de nature fiduciaire (65). M. Devos souligne à juste titre que l'importance de ces mécanismes n'a pas échappé au législateur de 1997 qui, lorsqu'il a paralysé les voies d'exécution des créanciers du débiteur concordataire, a expressément réservé l'efficacité de ces mécanismes financiers (66).

Aux termes de l'article 8, § 1er, de la loi du 28 avril 1999, « l'insolvabilité, telle que définie à l'article 7, § 3, d'un participant, de droit belge ou de droit étranger à un système ou d'une contrepartie de banque centrale, de même que toute mesure de saisie ou de séquestre à leur encontre, ne peut affecter d'une manière quelconque la validité, l'opposabilité ou la réalisation préférentielle des sûretés, en ce compris tous droits y relatifs, constituées en faveur d'un autre participant dans le cadre d'un système, ou en faveur d'une banque centrale d'un État membre de l'Union européenne, ou de la Banque centrale européenne, pour leurs opérations en qualité de banques centrales ».

Le troisième paragraphe de cette disposition précise la notion de sûreté : il s'agit de « tout gage ou tout privilège spécial portant sur des espèces ou sur des instruments financiers, toute opération de cession-rétrocession ou de transfert de propriété à titre de garantie, ou toute autre forme de garantie analogue, organisé par le droit belge ou par un droit étranger, en faveur de participants ou conclu en faveur d'une banque centrale d'un État membre de l'Union européenne ou de la Banque centrale européenne pour leurs opérations de banques centrales avec une contrepartie » (67).

---

(65) Voy. D. DEVOS, « Protection juridique des systèmes de paiement et de règlement titres en Belgique », *op. cit.*, pp. 317 à 321, nos 11 à 13 ; retenons des propos de l'auteur qu'il estime d'ordre public la prohibition du pacte commissoire exprès et controversée l'usage de propriété à titre de garantie.

(66) Voy. les articles 21, §1er, alinéa 4 et 28, alinéa 3, de la loi du 17 juillet 1997 ; I. VEROUGSTRAETE e.a., *Manuel de la faillite et du concordat*, Kluwer, 1998, pp. 92 et 93, n° 136 et pp. 98 et 99, n° 146 ; A. ZENNER, *Dépistage, faillite et concordats*, Larcier, 1998, pp. 955 et 956, n° 1339 et p. 965, n° 1351.

(67) M. Steennot relève particulièrement les gages et privilèges visés aux articles 5 de l'A.R. n° 62 du 10 novembre 1967 favorisant la circulation des instruments financiers (tel que coordonné par l'arrêté royal du 27 janvier 2004, lequel a été confirmé par l'article 70 de la loi du 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières), 7 et 23 à 26 de la loi du 2 janvier 1991 relative au marché des titres de la dette publique et aux instruments de politique monétaire (ces dernières dispositions ont été abrogées par l'article 69 de la loi précitée du 15 décembre 2004), 7 de la loi du 22 février 1998 fixant le statut organique de la Banque nationale de Belgique et 41 de la loi du 6 avril 1995 relative au statut des entreprises d'investissement et à leur contrôle, aux intermédiaires et conseillers en placement (R. STEENNOT, *Elektronisch betalingsverkeer — En toepassing van de klassieke principes*, *op. cit.*, p. 588, n° 904, note n° 40) ; notons que l'article 41 de la loi du 6 avril 1995 est abrogé par l'article 140 de la loi du 2 août 2002.

DBL5151.book Page 219 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

Notons que des dispositions similaires au champ d'application sensiblement plus large sont également édictées par les articles 8 à 13 de la loi du 15 décembre 2004.

135. Insaisissabilité. Dans la logique des normes permettant une parfaite fluidité des mouvements de fonds, il nous faut encore mentionner l'article 9 de la loi du 28 avril 1999. Aux termes de cette disposition, « tout compte de règlement sur espèces auprès d'un organisme gestionnaire ou d'un agent de règlement d'un système, ne peut être saisi, mis sous séquestre ou bloqué d'une manière quelconque par un participant (autre que l'organisme gestionnaire ou l'agent de règlement), une contrepartie ou un tiers ». Cette disposition a été appliquée par la cour d'appel de Bruxelles dans une affaire où avait été saisi un compte ouvert par une société de droit russe auprès de la S.A. Euroclear Bank (68).

136. Coopération européenne : le droit international privé de la défaillance bancaire. Afin d'éviter ou de gérer de façon plus efficiente encore toute défaillance bancaire, deux lois des 19 novembre et 6 décembre 2004, publiées le 28 décembre 2004 (69), ont intégré en droit belge la directive 2001/24/CE du 4 avril 2001 du Parlement européen et du Conseil concernant l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit (70). La première, assez brève, apporte essentiellement des modifications d'ordre légistique, laissant à la loi du 6 décembre 2004 l'essentiel de la tâche de transposition. Notons que ces deux lois intègrent également la directive 2001/17/CE des mêmes Parlement européen et Conseil du 19 mars 2001 concernant l'assainissement et la liquidation des entreprises d'assurance. Il ne sera naturellement pas question ici de ces dernières dispositions, qui sont au demeurant et assez naturellement comparables à celles édictées pour les établissements de crédit (71).

(68) Bruxelles (8e ch.), 23 déc. 2002, inédit, R.G. n° 2000/2.658.

(69) Loi du 19 novembre 2004 modifiant la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit, la loi du 9 juillet 1975 relative au contrôle des entreprises d'assurances, la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers et la loi du 28 avril 1999 visant à transposer la directive 98/26/CE du 19 mai 1998 concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres et loi du 6 décembre 2004 modifiant notamment, en matière de procédures d'insolvabilité, la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit et la loi du 9 juillet 1975 relative au contrôle des entreprises d'assurances, *M.B.*, 28 déc. 2004.

(70) Sur cette directive, voy. J.-P. DEGUÉE, « La directive 2001/24/CE sur l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit : une solution aux défaillances bancaires internationales ? », *Euredia*, 2001-2002, n° 2, pp. 241 et s.

(71) 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*, Bruylant, 2004, pp. 183 et s., sp. p. 188, n° 3.

DBL5151.book Page 220 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

L'instrument communautaire s'était donné pour but l'adoption de normes de droit international privé pour la prévention et le traitement de la défaillance des établissements de crédit, matière écartée du règlement n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité (72). La raison de ce particularisme est obvie : les défaillances bancaires doivent être traitées de façon dérogatoire au droit commun des procédures collectives (73).

Via la loi de transposition du 6 décembre 2004, un nouveau titre VIII est inséré dans la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit et est intitulé « Des mesures d'assainissement et des procédures de liquidation » (articles 109/1 et suivants) (74).

137. Compétence des autorités belges pour les établissements de crédit de droit belge. La directive et la loi du 6 décembre 2004 qui en procède peuvent se résumer par quelques principes. Le plus fondamental consiste à répartir la compétence des mesures d'assainissement et de liquidation entre les différents États membres de l'Espace économique européen et à assurer qu'elles sortiront leurs effets hors des frontières de l'État qui les édicte. À cet égard, la directive et la loi consacrent la compétence exclusive, tant législative que juridictionnelle, de l'État d'origine de l'établissement de crédit en difficulté (75).

Ainsi, aux termes de l'article 109/1 tel qu'inséré dans la loi du 22 mars 1993, « sous réserve des articles 84 et 109/7, les autorités

(72) Voy. l'article 1er, § 2, du règlement n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité.

(73) Voy. sur ce point la thèse de E. CHVIKA, *Droit privé et procédures collectives*, *op. cit.*, pp. 103 à 165, nos 112 à 170 ; voy. ég. 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 ! », *op. cit.*, p. 198, n° 16 : « La plupart des mesures d'assainissement judiciaires de type concordataire entraînent une surséance des paiements. Si pour des entreprises traditionnelles, la surséance des paiements est un moyen qui peut les aider à relancer leurs activités…il n'en est pas de même pour des établissements de crédit. Pour ceux-ci, une surséance durable et publique des paiements est au contraire de nature à entamer la confiance du public à leur égard, à ruiner leurs fonds de commerce et à « hypothéquer » leur redressement économique, lequel devrait pourtant constituer une des conditions d'une telle mesure » ; *adde*, du même auteur, « Le particularisme des procédures collectives dans le domaine des établissements de crédit », in *Faillite et concordat judiciaire : un droit aux contours incertains et aux interférences multiples*, Académia-Bruylant, 2002, pp. 115 et s.

(74) Suite à l'entrée en vigueur de la loi du 2 août 2002, l'ancien titre VII de la loi du 22 mars 1993 était devenu une coquille vide ; aussi le titre VIII, intitulé « Des sanctions », devient-il le titre VII de la loi (articles 4 et 5 de la loi du 6 décembre 2004).

(75) M. Deguée écrit à ce propos : « Gardant à l'esprit la finalité ultime et fondamentale d'un point de vue économique, l'on aperçoit à quel point la solution consistant dans la compétence de l'État d'origine se justifie. Sans une telle solution, des procédures d'insolvabilité adoptées au sein d'États d'accueil viendraient anéantir toute politique de contrôle et de redressement menée par l'État d'origine. La simple éventualité de leur survenance constitue déjà un facteur de risques juridiques générateur de coûts pour les acteurs du marché » (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 ! », *op. cit.*, pp. 188 et 189, n° 4 et p. 193, n° 8).

DBL5151.book Page 221 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

d'assainissement belges ne sont compétentes pour adopter des mesures d'assainissement qu'à l'égard des établissements de crédit visés au titre II. Ces mesures sont appliquées et produisent leurs effets conformément à la législation belge, sous réserve des précisions et exceptions prévues par la présente loi. En particulier, les autorités d'assainissement belges ne peuvent adopter une mesure d'assainissement concernant un établissement de crédit relevant du droit d'un autre État et ce, y compris en ce qui concerne la succursale d'un tel établissement située en Belgique ». De même, en vertu de l'article 109/8, les juridictions commerciales belges ne sont compétentes pour décider de l'ouverture d'une faillite qu'à l'égard des établissements de crédit de droit belge. Le texte insiste en conséquence sur ce que les tribunaux de commerce ne peuvent ouvrir une faillite concernant un établissement de crédit relevant d'un droit étranger et ce, y compris en ce qui concerne la succursale d'un tel établissement située en Belgique.

138. Reconnaissance des effets des procédures exercées dans l'État d'origine. Les articles 109/2, 109/9 et 109/26 nouveaux de la loi du 22 mars 1993 consacrent une reconnaissance automatique dans l'État requis des procédures d'assainissement et de liquidation décidées dans l'État d'origine : ces procédures produisent en Belgique les effets qu'elles produisent dans l'État de « nationalité » de l'établissement de crédit.

139. Compétences dérogatoires à la loi de l'État d'origine. Ce n'est qu'à titre exceptionnel qu'une loi autre que celle de l'État d'origine est appelée à s'appliquer. Deux techniques législatives sont appliquées pour tempérer cet empire de principe (76). D'une part, l'article 109/19 l'écarte pour différentes conventions et droits et désigne une loi particulière pour déterminer à chaque fois les effets qu'ont sur eux une mesure d'assainissement ou une procédure de liquidation (77). Par ailleurs, via

(76) « À l'instar du règlement, il existe deux ordres d'exceptions à l'application de la lex fori concursus : d'une part, les questions affectées par la procédure mais pour lesquelles la Directive prévoit l'application d'une autre loi. Lorsqu'il est ainsi donné compétence à une autre loi, il convient de se référer également à ses règles matérielles relatives aux procédures collectives ; d'autre part, les questions qui ne sont pas affectées par la procédure…Ce deuxième groupe d'exceptions constitue un alignement sur le Règlement et résulte des amendements formulés par le Parlement européen » (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 ! », *op. cit.*, pp. 203 et 204, n° 22).

(77) Il s'agit des contrats de travail, des contrats conférant le droit de jouir d'un bien immobilier ou de l'acquérir, des droits sur un bien immobilier, un navire ou un aéronef qui sont soumis à inscription dans un registre public, de l'exercice des droits de propriété sur des instruments financiers ou d'autres droits sur de tels instruments dont l'existence ou le transfert suppose l'inscription dans un registre, un compte ou auprès d'un système de dépôt centralisé détenus ou situés dans un État membre de l'Espace économique européen, des conventions de novation ou de compensation bilatérale ou multilatérale ainsi que les conditions résolutoires expresses qu'elles contiennent pour permettre la compensation, des conventions de cession-rétrocession (*repurchase agreements — repos*) et, enfin, des transactions effectuées dans le cadre d'un marché réglementé étranger au sens de l'article 2, 6°, de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers.

DBL5151.book Page 222 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

une autre technique adoptée par la loi (78), tant les mesures d'assainissement qu'une procédure de faillite restent inefficaces à l'égard de certaines prérogatives relatives à des biens appartenant ou ayant appartenu à l'établissement de crédit (articles 109/20 et 109/21), pourvu qu'ils se trouvent sur le territoire d'un autre État membre que celui de la mise en œuvre de ces mesures ou procédure (79). De plus, ces péripéties n'affectent pas le droit d'un créancier d'invoquer la compensation de sa créance avec la créance de l'établissement de crédit, lorsque cette compensation est permise par la loi applicable à la créance de l'établissement de crédit (article 109/22). Néanmoins, l'inefficacité des mesures de liquidation à l'égard des prérogatives visées aux articles 109/20, § 1er, 109/21 et 109/22 de la loi est notablement nuancée par l'éventuelle application des articles 17 à 20 de la loi du 8 août 1997 (article 109/23). Cette exception à l'exception subit elle-même une dérogation par la réserve qu'elle fait de l'application de l'article 109/24 (80).

(78) « Le second groupe d'exceptions à la loi de la procédure consiste dans des règles de conflit « négatives » en ce que la compétence de la lex concursus n'est pas en soi remise en cause, mais plutôt que son application ne peut porter atteinte à certains droits de tiers. Ces droits se voient ainsi soustraits aux effets d'une procédure d'insolvabilité » (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 ! », *op. cit.*, p. 215, n° 33) ; remarquons, avec M. Deguée, que certaines matières, au rang desquelles se trouve le netting, « sont à la fois visées par les règles de conflit de lois et [les] règles de conflit "négatives" », en sorte que se pose la question de leur application cumulative à ces matières (*ibid.*, pp. 217 et 218, n° 37).

(79) Les droits visés par l'article 109/20, § 1er, de la loi sont notamment le droit de réaliser ou de faire réaliser le bien et d'être désintéressé par le produit ou les revenus de ce bien, en particulier en vertu d'un gage ou d'une hypothèque ; le droit exclusif de recouvrer une créance, notamment en vertu de la mise en gage ou de la cession de cette créance à titre de garantie ; le droit de revendiquer le bien et/ou d'en réclamer la restitution entre les mains de quiconque le détient ou en jouit contre la volonté de l'ayant droit ; le droit réel de percevoir les fruits d'un bien (article 109/20, § 2) ; de plus, le troisième paragraphe de cette disposition assimile à un droit réel, le droit, inscrit dans un registre public et opposable aux tiers, permettant d'obtenir un droit réel au sens du § 1er ; l'article 109/21, quant à lui, assure l'efficacité tant de la clause de réserve de propriété invoquée contre l'établissement de crédit (§ 1er) que du transfert de propriété où ce dernier intervient en qualité de vendeur, pourvu que le bien ait été livré (§ 2) ; sur la notion de droit réel et son immunisation des effets des procédures d'assainissement et de liquidation, 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 ! », *op. cit.*, pp. 218 à 223, n° 38 à 43.

(80) Selon l'article 109/24 de la loi du 22 mars 1993, « par dérogation à l'article 57, § 1er, alinéa 2, 1° et 2°, de la présente loi, à l'article 15, § 1er, alinéa 4, de la loi du 17 juillet 1997 et à l'article 16 de la loi du 8 août 1997, et nonobstant les articles 17 à 20 de cette dernière loi, si l'établissement de crédit dispose à titre onéreux, après l'adoption d'une mesure d'assainissement ou l'ouverture d'une procédure de faillite, d'un immeuble, d'un navire ou d'un aéronef soumis à immatriculation dans un registre public, d'instruments financiers ou de droits sur de tels instruments dont l'existence ou le transfert suppose une inscription dans un registre, un compte ou auprès d'un système de dépôt centralisé détenus ou situés dans un autre État membre de l'Espace économique européen, la nullité ou l'inopposabilité de cet acte est appréciée au regard de la loi de l'État membre sur le territoire duquel le bien immobilier est situé, ou sous l'autorité duquel ce registre, ce compte ou ce système de dépôt est tenu ».

DBL5151.book Page 223 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

140. Dialogue entre institutions. Un autre trait marquant est l'échange des informations. D'une part, s'impose une collaboration entre autorités judiciaires et administratives au sein de chaque État membre (articles 109/3, *in fine*, 109/10, 109/18 et articles 10 et 23 de la loi du 2 août 2002, tels que modifiés par les articles 72 et 73 de la loi du 6 décembre 2004). Par ailleurs, en conformité avec la directive, la loi promeut la concertation à l'échelon européen entre les différentes institutions chargées du contrôle prudentiel des établissements de crédit. Tel est l'objet de l'article 109/3, qui impose aux autorités d'assainissement belge d'avertir les autorités de contrôle des établissements de crédit des autres États membres de l'Espace économique européen où l'établissement de crédit a une succursale ou y fournit des services, de leur décision d'adopter une mesure d'assainissement. De même, si une mesure d'assainissement d'un établissement de crédit étranger s'avère opportune en Belgique, la Commission bancaire, financière et des assurances en informera l'autorité étrangère compétente (article 109/4). L'objet de la concertation peut également porter sur une succursale d'établissement de crédit relevant du droit d'États non membres de l'Espace économique européen [(81)].

Enfin, dans une perspective bien européenne, la loi promeut l'information des citoyens européens concernés (article 109/5, 109/6, 109/10 à 13) et combat toute discrimination entre créanciers, quelle que soit leur nationalité (articles 109/6, § 2, alinéa 2, et 109/15, § 2) [(82)].

Sous-section 2

La protection des dépôts entre les mains des établissements de crédit

141. Raison d'être des dispositions légales. Ainsi que nous le verrons, il est traditionnellement admis que le dépôt de fonds auprès d'un organisme de crédit donne naissance à une créance vis-à-vis de ce dernier [(83)],

(81) Voy. à cet égard l'article 109/7 de la loi du 22 mars 1993, tel qu'y inséré par l'article 11 de la loi du 6 décembre 2004.

(82) Aux termes de l'article 109/45, § 2, « les créances des créanciers ayant leur domicile ou leur résidence habituelle dans un autre État membre de l'Espace économique européen bénéficient du même traitement et, en particulier, du même rang que les créances de nature équivalente susceptibles d'être déclarées par des créanciers ayant leur domicile ou leur résidence habituelle en Belgique. À cette fin, les créances présentées par des créanciers de même nature sont considérées comme des créances équivalentes » ; 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 ! », *op. cit.*, pp. 202 et 203, n° 21.

(83) P. VAN OMMESLAGHE, « La notion de restitution, le fait générateur, les fondements légaux et contractuels de l'obligation de restitution », in *L'obligation de restitution du banquier*, Bruylant, 1998, pp. 5 et s., sp. p. 17, n° 14 ; après avoir distingué la restitution à l'identique, qui concerne

DBL5151.book Page 224 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

même si d'aucuns remettent cette opinion en question (84). À la suite de récents travaux, nous pensons pouvoir démontrer que la qualification de créance n'est pas incompatible avec le statut monétaire de l'avoir en compte.

Dès lors fut très tôt ressenti le besoin d'un mécanisme destiné à pallier, à tout le moins partiellement, les éventuelles défaillances bancaires (85). À côté d'initiatives ponctuelles du législateur réservées aux clients des institutions publiques de crédit, l'Institut de réescompte et de garantie, créé par l'arrêté royal n° 175 du 13 juin 1935, intervint dans le cadre de sa mission de satisfaction « aux besoins spéciaux de crédit » (86). Ce système ayant montré ses limites, fut signé en 1984 un protocole entre les organismes de crédit, d'une part, et l'Institut de réescompte et de garantie, d'autre part. Les banques et caisses d'épargne finançaient le système de protection dont la gestion était confiée à l'Institut (87). Les moyens préventifs permettant de déceler une future défaillance furent généralisés.

---

les corps certains, de la restitution de choses identiques, l'auteur justifie ainsi cette distinction : « En cas de faillite du débiteur de la restitution, ou, plus généralement dans l'hypothèse d'un concours entre ses créanciers, seule la restitution en nature, à l'identique est opposable à ces créanciers. Dans les autres cas de restitutions, le créancier de la restitution doit subir la loi du concours » ; voy. ég. en ce sens Y. MERCHIERS et K. TROCH, « De verbintenis tot teruggave in speciën van de bankier », in *L'obligation de restitution du banquier*, pp. 39 et s., sp. p. 48, n° 9 : « Het recht op teruggave van de cliënt is dus een schuldvorderingsrecht op de bankier » ; à l'appui de la qualification de créance, on peut tirer argument de l'article 15, § 3, de la loi du 17 décembre 1998, dont question ci-après ; en vertu de cette disposition, « les paiements faits par le Fonds aux créanciers d'un établissement de crédit ou d'une entreprise d'investissement au titre de la protection des dépôts ou au titre de la protection des instruments financiers, entraînent subrogation de celui-ci dans les droits de ces créanciers. Lorsqu'un créancier n'a été désintéressé par le Fonds que pour une partie de sa créance, il ne peut, par dérogation à l'article 1252 du Code civil, exercer ses droits pour ce qui lui reste dû qu'à rang égal avec le Fonds » ; c'est nous qui soulignons ; voy. aussi les points 22 et 23 de l'avis relatif à la protection des dépôts et des instruments financiers, également évoqué ci-après, qui font respectivement état de « créances » et de « *bons de caisse, obligations et autres titres bancaires de créances visés au point 9, c* ».

(84) Voy. ainsi D.R. MARTIN, « Introduction », in *L'obligation de restitution du banquier*, Bruylant, 1998, pp. 1 et s., sp. p. 3 : « Certes on ne doute pas que [les valeurs reçues en dépôt] soient sujettes à restitution aux déposants, mais, dans le détail, tout fait doute : la demande de restitution désigne-t-elle l'exercice d'une revendication ou d'une pure créance ? » ; du même auteur, voy. surtout « De la revendication des sommes d'argent », *D.*, 2002, Chron., pp. 3.279 et s. ; voy. ég. R. LIBCHABER, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, L.G.D.J., 1992, Bibliothèque de droit privé, t. 225, pp. 161 à 162, n° 204, qui appuie précisément par l'existence de systèmes de protection des dépôts son souhait qu'un droit de propriété soit reconnu au déposant.

(85) À l'instar de la réglementation relative aux systèmes de paiement dont il vient d'être question ci-dessus, celle relative à la protection des dépôts trouve sa justification dans l'hypothèse d'une défaillance bancaire ; remarquons néanmoins la différence dans le traitement de cette défaillance : il s'agit de techniques proches tantôt des sûretés réelles (systèmes de paiement), tantôt des sûretés personnelles (protection des dépôts).

(86) Pour l'examen des systèmes de protection qui se sont succédé jusqu'en 1986, voy. E. WYMEERSCH, « La protection des déposants et des investisseurs », in *La banque dans la vie quotidienne*, Jeune Barreau de Bruxelles, 1986, pp. 189 et s.

(87) J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, 2e éd., t. IV, Bruylant, 1988, p. 306, nos 419 à 421.

DBL5151.book Page 225 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

142. Textes applicables. En 1993, lors de la refonte du droit bancaire, il fut décidé d'imposer légalement aux organismes de crédit de participer à un système collectif de protection des dépôts (88). Tel fut l'objet du titre IX de la la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit. Ce titre fut complété par une loi du 23 décembre 1994 relative aux systèmes de protection des dépôts auprès des établissements de crédit. Il s'agissait par là pour la Belgique de se conformer à une directive 94/19/CEE du 30 mai 1994. Il n'y a là rien d'étonnant puisque le législateur de 1993 entendait assurer tant le fonctionnement du système du crédit que la protection de l'épargne publique (89).

Lorsqu'il fut question d'intégrer en droit belge les obligations déduites de la réglementation européenne relative à l'indemnisation non plus des dépôts mais des investissements (90), le législateur prit le parti de réunir ces deux protections en un système identique (91). Ainsi fut promulguée 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 (92).

Le régime légal de protection des dépôts se déduit donc, en droit belge (93), de cette dernière loi et des articles 110 et 110*sexies* de la loi du 22 mars 1993 (94). Il est entré en vigueur le 15 février 1999 et a été com-

(88) Nous n'évoquerons pas ici les spécificités propres aux établissements de monnaie électronique, auxquels nous ferons allusion ultérieurement (voy. *infra*, n^{os} 168 et s.).

(89) A. BRUYNEEL et M. FYON, « La loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit », *J.T.*, 1993, pp. 565 et s., sp. p. 567, n° 9.

(90) Il s'agit de la directive 97/9/CE du Parlement européen et du Conseil du 3 mars 1997 relative aux systèmes d'indemnisation des investisseurs.

(91) Voy. J.-M. VAN COTTEM, « Le système belge de protection des dépôts et des instruments financiers », *Rev. Banque*, 1999, pp. 146 et s., sp. p. 150, n^{os} 25 et 27.

(92) Cette loi a supprimé l'Institut de réescompte et de garantie et a transféré les compétences qu'il exerçait à la Banque nationale de Belgique et au Fonds de protection qu'elle institue (art. 30 à 33).

(93) Sur le système mis en place en droit français, voy. E. CHVIKA, *Droit privé et procédures collectives*, *op. cit.*, pp. 128 à 134, n^{os} 135 à 140.

(94) En vertu de l'article 110, alinéa 1er, de la loi du 22 mars 1993, « les établissements de crédit établis en Belgique doivent participer à un système collectif de protection des dépôts financés par eux et visant à assurer, en cas de défaillance d'un établissement, une indemnisation de certaines catégories de déposants qui n'exercent pas une activité bancaire ou financière, et, le cas échéant, à permettre une intervention préventive d'une telle défaillance. Il peut être organisé des systèmes de protection des dépôts propres à certaines catégories d'établissements de crédit » ; l'article 110*bis*, § 2, de la même loi limite à 20.000 euros par ayant droit l'intervention des systèmes de protection de dépôt pour le remboursement « des dépôts et des bons de caisse, obligations et autres titres bancaires de créances nominatives ou en dépôt à découvert, libellés en euros ou en devises d'États membres qui n'ont pas adopté la monnaie unique » ; par un arrêt du 20 septembre 2001, la Cour d'arbitrage a estimé qu'en limitant la protection aux avoirs libellés « en francs belges, en écus ou dans une autre devise d'un État membre de l'Union européenne », selon la rédaction antérieure du texte, le législateur n'avait pas violé les articles 10 et 11 de la Constitution (C.A., arrêt n° 110/2001 du 20 sept. 2001, *M.B.*, 20 nov. 2001, p. 39.322) ; *adde* C. DE VOS, « Beschermingsregeling voor deposito's en financiële instrumenten schendt het grondwettelijk gelijksheidsbeginsel niet », *D.A.O.R.* Actualités, 2001-2202, p. 7 ; sur cette question sous l'empire de l'intervention de l'Institut de réescompte et de garantie, voy. la position critique exprimée à l'occasion de la célèbre affaire de la faillite de la Banque pour l'Amérique du Sud par Ph. QUERTAINMONT, « La protection des déposants d'une banque faillie par l'Institut de réescompte et de garantie et la règle de l'égalité des citoyens devant la loi », note sous Cass. (1re ch.), 1er avr. 1982, *R.C.J.B.*, 1984, pp. 636 et s.

DBL5151.book Page 226 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

plété, d'une part, par un protocole signé par le Fonds de protection des dépôts et des instruments financiers et l'Association belge des banques et, d'autre part, par un engagement par déclaration unilatérale de volonté du Fonds (95). Cette déclaration, publiée au *Moniteur belge* (96), constitue « la source du droit subjectif des déposants à obtenir un remboursement…et fixe toutes les conditions et modalités applicables à cette intervention » (97). En vertu du point 64 de cet avis, le Fonds est tenu de publier le nom des établissements de crédit, des sociétés de bourse et des sociétés de gestion de fortune adhérents ainsi que celui de ceux qui cessent d'être couverts par le système. En exécution de cette obligation, le Fonds publie au *Moniteur belge* la liste des établissements qui adhèrent au système de protection (98). Un récent rapport annuel du Fonds de protection des dépôts et des instruments financiers révèle que la réserve d'intervention de ce dernier s'élevait au 31 décembre 2004 à 694,8 millions d'euros et que sa seule intervention en six ans d'activités a consisté à indemniser les clients d'une société de bourse à concurrence d'un montant de 2,6 millions d'euros (99).

SECTION 2

Analyse et qualification du compte bancaire

143. Première approche. Selon qu'on évoque la convention ou le rapport juridique auquel elle donne naissance, le compte bancaire est défini comme une « convention sur le mode d'exécution d'opérations juridiques » (100), ou comme un « instrument de règlement permettant le paiement des dettes réciproques » (101). Plus récemment, M. Swennen le

(95) Pour un examen de la protection des dépôts de lege lata, voy. H. SWENNEN, « Bankrekeningen en bankdeposito's », in *Bankcontracten*, Die Keure, 2004, pp. 59 et s., sp. pp. 79 à 82, nos 34 à 40 ; M. TISON, « Deposito's en financiële instrumenten — Bescherming — Zekerheden — FIF », *R.D.C.*, 1999, pp. 199 et s.

(96) Voy. les avis contenant règlement d'intervention du Fonds, publiés au *Moniteur belge* des 25 févr. 1999 et 13 juill. 2000 ; pour une version coordonnée de ce règlement, voy. Rapport d'activités et comptes annuels 2004 du Fonds de protection des dépôts et des instruments financiers, pp. 40 à 45, disponible sur le site www.fondsdeprotection.be

(97) J.-M. VAN COTTEM, « Le système belge de protection des dépôts et des instruments financiers », *op. cit.*, p. 151, n° 27.

(98) Voy. ainsi la liste arrêtée au 1er octobre 2005 des établissements qui adhèrent au système de protection, *M.B.*, 22 nov. 2005.

(99) Rapport d'activités et comptes annuels 2004 du Fonds de protection des dépôts et des instruments financiers, *op. cit.*, sp. p. 5.

(100) J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, *op. cit.*, p. 307, n° 422 ; dans un examen de jurisprudence antérieur, ces auteurs désignaient le compte comme une « opération juridique originale » (J. VAN RYN et J. HEENEN, « Examen de jurisprudence (1961 à 1969). Titres négociables — Opérations de bourse — Opérations de banque », *R.C.J.B.*, 1972, pp. 353 et s., sp. p. 400, n° 54).

(101) Chr. GAVALDA et J. STOUFFLET ; *Droit bancaire*, *op. cit.*, p. 103, n° 200.

DBL5151.book Page 227 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

décrit en substance comme un contrat entre une banque et un client, relatif à l'exécution de services relativement au dépôt de sommes, au système de paiement et au crédit, et où les obligations qui en émanent sont compensées en compte (102). Selon M. Bonneau, la convention de compte est « une convention-cadre de services bancaires » (103). Au-delà de ces définitions assez générales, souvent tentées par le recours globalement insatisfaisant à la figure *sui generis* (104), les comptes se distinguent par leur fonction et par leurs modalités (105).

Ainsi, les spécialistes du droit bancaire ont maintes fois insisté sur la trompeuse généralité qui entacherait l'expression « compte bancaire » (106). Cette qualification regrouperait en fait plusieurs réalités distinctes. M. Du Laing opère ainsi une distinction entre le compte bancaire au repos et le compte bancaire en mouvement (107). M. Alter, quant à lui, reproduit la séparation entre le compte comme support des avoirs et le compte comme technique de paiement (108). Un autre auteur distingue les comptes mécanismes de règlement des comptes instruments de placement (109). Notons que le droit français reconnaît expressément la diversité des comptes ; ainsi, l'article 75 du décret français du 31 juillet 1992 impose à l'établissement de crédit tiers saisi d'indiquer « la nature du ou des comptes du débiteur » (110).

144. Allusions législatives sans réglementation directe. La diversité des comptes bancaires trouve quelques traces légales ponctuelles en droit

(102) H. SWENNEN, « Bankrekeningen en bankdeposito's », *op. cit.*, p. 61, n° 1 : « De bankrekening is een wederkerige overeenkomst tussen een bankier en een persoon, de cliënt, die het verrichten van (één of meerdere) diensten betreft op het gebied van deposito's (of andere terugbetaalbare gelden), op het gebied van het betalingsverkeer en van de krediet (in dat verband) en waarbij de wederzijdse vorderingen die uit deze dienstverlening voortspruiten, in de rekening worden gecompenseerd ».

(103) Th. BONNEAU, *Droit bancaire*, *op. cit.*, p. 213, n° 327.

(104) Ainsi, à propos du compte courant et des mécanismes qui l'expliquent, a-t-on pu écrire que « le droit bancaire est ici tiré entre deux partis : contraint de recourir à des mécanismes de droit civil en les adaptant, ou bien il leur garde leur qualification, mais il doit reconnaître qu'il procède à des ajustements, ou bien il interprète les opérations considérées comme des mécanismes sui generis, mais au risque de ne rien expliquer » (P. DAUCHY, « L'influence du droit civil sur le droit bancaire », *Rev. trim. dr. comm.*, 1986, pp. 1 et s., sp. 35).

(105) J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, *op. cit.*, p. 309, n° 426 ; « Inzicht verwerven in de diverse soorten bankrekeningen die gebruikelijk zijn, is geen sinecure » (S. MOSSELMANS, « Het huwelijksvermogensrechtelijk statuut van gelden gedeponeerd op een bankrekening », *N.F.M.*, 1997, pp. 249 et s., sp. p. 249, n° 2).

(106) Voy., entre autres, G.-A. DAL, « La nature juridique du compte de dépôt à vue », in *Liber Amicorum R.-O. Dalcq*, Larcier, 1994, pp. 55 et s., sp. n° 12.

(107) B. DU LAING, « De bankoverschrijving », in *Bankcontracten*, Die Keure, 2004, pp. 133 et s., sp. p. 135, n° 1.

(108) C. ALTER, « Les comptes en banque », in *Traité pratique de droit commercial*, t. V., 2005, sous presse, sp. n° 3.

(109) O. SALATI, « Comptes et voies d'exécution », *Droit et procédures*, 2002, n° 4, pp. 203 et s., sp. n° 12.

(110) Une partie de la doctrine distingue les comptes à vue et les comptes « affectés de modalités » (R. MARTIN, Saisie-attribution, *op. cit.*, p. 12, n° 163 ; voy. également l'énumération faite par J. MIGUET, Saisie-attribution — Comptes de dépôt : règles spécifiques, *Juris-Classeur*, fasc. 2280, 1999, p. 6, n° 13).

DBL5151.book Page 228 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

belge. Nous ne citerons que celles qui se sont donné directement pour objet de régir l'activité bancaire. Ainsi, la loi du 10 juillet 1997 relative aux dates de valeur des opérations bancaires ne s'applique, selon le prescrit de son article 2, qu'aux comptes à vue. De même en est-il de 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 et de la loi du 14 mai 2001 réglant les intérêts débiteurs dus sur les comptes à vue. La loi du 24 mars 2003 instaurant un service bancaire de base prend également le compte à vue comme socle des obligations qu'elle impose aux établissements de crédit en faveur du consommateur (111). La loi portant organisation du notariat consacre l'existence de comptes rubriqués que doit ouvrir le notaire, dans certaines circonstances, afin d'y conserver une richesse destinée aux clients de l'étude ou à des tiers (112).

On cherche cependant en vain tant une distinction légale entre les différents types de comptes qu'une réglementation de leur statut (113). Les conditions, les modalités et les effets du compte sont en principe librement fixés par les parties et, à défaut, par l'usage, enseigne la doctrine bancaire (114).

Nonobstant cette variété, MM. Steennot et Schrans relèvent trois fonctionnalités communes à tous les comptes : une fonction purement comptable, un effet de règlement d'opérations et un but de sûreté (115). Cette dernière fonction est surtout le fait du compte courant, car le compte ordinaire présentera d'ordinaire exclusivement un solde positif,

(111) L'article 3 de cette loi (*M.B.*, 15 mai 2003) dispose : » § 1er. Tout établissement de crédit doit offrir le service bancaire de base défini au § 2. Tout consommateur a droit au service bancaire de base. § 2. Le service bancaire de base est un compte à vue qui comprend : 1° l'ouverture, la gestion et la clôture d'un compte à vue ; 2° la mise à disposition de virements pouvant être effectués à la main et également de façon électronique en fonction de l'établissement de crédit ; 3° la possibilité d'effectuer des ordres permanents de paiement et de domicilier des factures ; 4° la possibilité d'effectuer des dépôts en Belgique. Par dépôt, il faut entendre notamment : le dépôt d'espèces, l'inscription en comptes de chèques et de chèques circulaires ; 5° la possibilité d'effectuer des retraits en Belgique au guichet et également par voie électronique en fonction de l'établissement de crédit ; 6° la mise à disposition d'extraits de compte en Belgique sur une base périodique. Le Roi peut modifier et compléter la liste de ces opérations ».

(112) Voy. à cet égard nos développements *infra*, nos 318 et s.

(113) Comme l'écrivent Mme Merchiers et M. Troch, « enkele fragmentaire, dwingende bepalingen uit ons recht zullen wel incidenteel een invloed uitoefenen op deelaspecten van de teruggaveplicht van die rechtsverhoudingen, maar een algemeen specifieke, dwingende wetgeving die de bankrekeningen en bankdeposito's in hun geheel regelen, bestaat niet. Ook een algemene specifieke, suppletive wetgeving ontbreekt » (Y. MERCHIERS et K. TROCH, « De verbintenis tot teruggave in speciën van de bankier », *op. cit.*, p. 43, n° 3).

(114) J.-P. BUYLE et M. DELIERNEUX, « Jurisprudence commentée en droit bancaire et financier », *R.D.C.*, 2005, pp. 141 et s., sp. p. 143 ; la référence aux usages n'est guère satisfaisante ; voy. L. FRANÇOIS, « Le recours à une philosophie du droit dans la motivation de décisions juridictionnelles », *op. cit.*, sp. pp. 263 et 264, n° 10 : « Quant aux principes et aux coutumes, la moindre culture juridique et historique suffit pour convaincre que ce sont souvent des fictions inventées pour masquer le caractère prétorien d'une jurisprudence ou l'absence de fondement en droit positif d'une thèse doctrinale ».

(115) G. SCHRANS et R. STEENNOT, *Algemeen deel van het financieel recht*, *op. cit.*, pp. 201 et 202, n° 193.

DBL5151.book Page 229 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

notent ces auteurs (116). Cependant, on sait que, dans la pratique, les établissements de crédit lient parfois un certain crédit au compte à vue par le biais de l'autorisation d'un solde débiteur limité tant par son volume que par sa durée (117). Au demeurant, les établissements de crédit cherchent à amplifier l'effet de sûreté des comptes dans leur généralité par le biais de mécanismes tels que les clauses d'unité ou de compensation, sur lesquelles nous reviendrons ultérieurement (118), et les conventions de déroutement. Par ces dernières, également dénommées conventions de filtrage, le bénéficiaire d'un virement « autorise la banque qui recevrait d'un de ses clients un ordre de virement visant à porter une somme au crédit du compte du bénéficiaire auprès d'un autre établissement financier à exécuter le virement par crédit du compte du bénéficiaire dans ses livres (ou ceux d'une banque intermédiaire) » (119).

145. Compte courant et compte de dépôt. Les distinctions entre comptes résultent essentiellement des pratiques bancaires et des contributions doctrinales. Ces dernières mettent particulièrement l'accent sur la singularité du compte-courant par rapport aux autres comptes. Ainsi, selon Van Ryn et Heenen, « certains comptes enregistrent habituellement de multiples opérations de dépôt et de retraits (compte à vue). D'autres ne comportent qu'un seul dépôt et un retrait unique (compte à terme ou à préavis). Une troisième catégorie implique nécessairement que le banquier et le client vont faire une série d'opérations à leur débit et à leur crédit ; ce sont les comptes courants » (120).

Une autre présentation, binaire, est adoptée par de nombreux auteurs (121). Elle distingue la catégorie des comptes de dépôt, qui

(116) G. SCHRANS et R. STEENNOT, *Algemeen deel van het financieel recht*, *op. cit.*, p. 202, n° 193.

(117) H. SWENNEN, « Bankrekeningen en bankdeposito's », *op. cit.*, p. 62, n° 3.

(118) Voy. *infra*, n^{os} 388 et s.

(119) J.-P. BUYLE et M. DELIERNEUX, obs. sous Bruxelles, 9 oct. 2002, *R.D.C.*, 2004, pp. 143 et s., sp. p. 150 ; sur ce mécanisme, voy. K. TROCH, « Bankdeposito's en bankrekeningen in beweging. Twee praktische case-studies : conventionele compensatie en filtrageovereenkomsten », in *Bankcontracten*, Die Keure, 2004, pp. 201 et s., sp. pp. 250 et s., n^{os} 69 et s. ; O. POELMANS et D. BLOMMAERT, « Chronique de jurisprudence en droit bancaire », *D.A.O.R.*, 2003, n° 66, pp. 40 et s., sp. p. 42, n° 3 ; R. STEENNOT et M. TISON, « De afleiding van een overschrijvingsopdracht door de kredietinstelling naar een andere bankrekening », note sous Gand (9^{e} ch.), 4 févr. 2000, *Rev. Banque*, 2000, pp. 475 et s., qui constatent à juste titre qu'outre une réduction des frais de la circulation de la monnaie scripturale, une telle clause sert la possibilité de mettre en œuvre des clauses de compensation ; les auteurs estiment que la clause de déroutement n'est pas illégale mais qu'elle pourrait être déclarée inopposable, en cas de survenance ultérieure de la faillite du bénéficiaire, si l'organisme de crédit qui a recouru au déroutement avait connaissance de la cessation de paiement, en application de l'article 18 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites.

(120) J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, *op. cit.*, n° 426.

(121) *R.P.D.B.*, v° Saisie-arrêt bancaire, *op. cit.*, p. 819, n^{os} 42 à 46 ; Chr. GAVALDA et J. STOUFFLET, *Droit bancaire*, *op. cit.*, pp 103 à 172 ; C. HOUSSA, « La saisie-arrêt en matière bancaire », *op. cit.*, p. 76 ; M. GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, *op. cit.*, p. 192, n° 290.

DBL5151.book Page 230 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

regroupe les comptes à vue, à terme et à préavis, de celle du compte courant. Le compte de dépôt faisait jusque naguère l'objet de peu d'attention de la part de la doctrine (122) ; il était essentiellement fait état, sans plus, des principales obligations incombant au banquier : assurer le service de caisse, servir un éventuel intérêt et rembourser les fonds selon les modalités contractuelles (123).

146. Les différents comptes au regard de leurs modalités particulières. Approfondissons quelque peu les catégories des comptes de dépôt au regard de leurs fonctions et de leurs modalités. Lorsqu'il s'agit d'un *compte à vue*, son titulaire peut retirer à tout moment les fonds qu'il a déposés (124). En cas de *compte à terme ou à préavis*, les valeurs ne peuvent être récupérées qu'au terme ou à l'issue d'un délai conventionnellement stipulés (125). Le *compte épargne* semble présenter une nature intermédiaire ; si les stipulations conventionnelles qui le régissent empêchent d'y recourir pour opérer des paiements grâce aux instruments de mobilisation liés au compte à vue, on estime néanmoins que son solde représente à tout moment une créance exigible (126). Les *comptes à titulaires multiples* (127) et ceux destinés à recevoir *des fonds en transit* doivent également être mentionnés (128). Leur fonctionnement ne paraît cependant pas essentiellement différent des catégories précédentes.

147. Schéma de la section. De ce tour d'horizon des différents comptes bancaires ressort un sentiment d'hétérogénéité, que ne balisent guère d'interventions légales. Cette impression ne peut cependant pas nous intimider. Pour cerner la mesure dans laquelle les richesses déposées sur un compte peuvent faire l'objet de poursuites de la part de créanciers, il s'impose que nous recherchions le commun dénominateur de ces divers comptes bancaires.

---

(122) « De gewone rekening kreeg in de rechtsliteratuur veel minder belangstelling », constatait M. Nelissen Grade en 1983 (J.-M. NELISSEN GRADE, « Derdenbeslag op bankrekeningen », in *Liber Amicorum Frédéric Dumon*, Kluwer, 1983, pp. 677 et s., sp. p. 678, n° 3) ; M. Bonneau explique la démarche tendant à assimiler le compte de dépôt au compte-courant par « la cohérence de la construction jurisprudentielle du compte courant et la faiblesse de la théorie juridique en matière de comptes de dépôt » (Th. BONNEAU, *Droit bancaire*, *op. cit.*, p. 213, n° 329).

(123) J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, *op. cit.*, p. 336, n° 456 ; G.-A. DAL, « La nature juridique du compte de dépôt à vue », *op. cit.*, sp. n° 17.

(124) *R.P.D.B.*, v° Saisie-arrêt bancaire, *op. cit.*, p. 819, n° 44.

(125) C. ALTER, « Les comptes en banque », *op. cit.*, n° 12.

(126) C. ALTER, « Les comptes en banque », *op. cit.*, n° 15.

(127) On évoque ici le compte indivis et le compte-joint ; le fonctionnement du premier nécessite la participation conjointe des différents titulaires ; le second constitue au contraire chacun des titulaires en créancier solidaire du banquier (*R.P.D.B.*, v° Saisie-arrêt bancaire, *op. cit.*, p. 823, n° 55).

(128) Il s'agit des comptes ouverts auprès d'organismes bancaires par exemple par des avocats, des notaires, des gérants de copropriété et que la doctrine néerlandophone regroupe sous la dénomination « kwaliteitsrekening » ; sur ces comptes, voy. *infra*, n^os^ 304 et s.

DBL5151.book Page 231 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

Nous procéderons en deux temps. Dans une première sous-section, par l'éclairage de problèmes périphériques, mais fondamentaux, nous constaterons que la diversité des comptes participe de leurs modalités mais que le dépôt bancaire les réunit. Ces premiers développements permettront, dans une seconde sous-section, d'analyser le compte dans sa relation avec la richesse qu'il contient.

Sous-section 1

Comptes et dépôts bancaires

148. Schéma de la sous-section. Dans notre recherche de la nature juridique du compte en banque et de l'avoir qu'il recèle, deux questions fondamentales nous paraissent devoir être examinées avant tout autre développement. Il nous faudra d'abord vérifier si s'impose le maintien de la distinction, suggérée ci-dessus et généralement reprise en doctrine, entre compte courant, d'une part, et les autres comptes, d'autre part (§ 1er). Après avoir apporté une réponse nuancée à cette question, nous examinerons ensuite la nature du dépôt bancaire, qui nourrit le compte, quelles que soient les modalités qui le caractérisent (§ 2).

§ 1. Compte courant et compte de dépôt : une distinction fonctionnelle

149. Définition et explication du compte courant. Analysé par MM. Van Ryn et Heenen comme une opération de crédit, le compte courant est défini par ces auteurs comme « un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent que les créances et dettes réciproques naissant de leurs opérations entreront dans un compte, afin d'en faire masse et d'en suspendre la liquidation jusqu'à la clôture du compte » (129). Cette définition est très proche de celle qui est proposée par M. Bonneau, selon qui le compte courant est « un contrat par lequel les parties décident de faire entrer en compte toutes leurs créances et dettes réciproques de manière à ce que celles-ci soient réglées immédiatement par leur fusion dans un solde disponible soumis à un régime unitaire » (130). MM. Van Ryn et Heenen soulignent que le compte courant n'est pas un contrat exclusivement bancaire et qu'il est de son essence que les mouvements qui l'animent, appelés remises, émanent des deux parties au compte. Enfin, par son mécanisme même, le compte courant emporte un

(129) J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, *op. cit.*, p. 352, n° 480 ; voy. ég. E. WYMEERSCH, M. DAMBRE, et K. TROCH, « Overzicht van rechtspraak — Privaat Bankrecht 1992-1998 », *op. cit.*, p. 1994, n° 305.

(130) Th. BONNEAU, *Droit bancaire*, *op. cit.*, p. 215, n° 333 et p. 219, n° 339.

DBL5151.book Page 232 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

effet de crédit (131). Autant de caractéristiques qui le distinguent, dans une perspective classique, de l'archétype du compte bancaire qu'est le compte à vue (132).

Comme on le sait, on recense traditionnellement en Belgique trois théories explicatives du compte courant : la théorie dite classique, la théorie des compensations successives et celle des compensations continues (133).

Selon la théorie classique, dont les défenseurs les plus éminents sont MM. Van Ryn et Heenen (134), le compte courant est caractérisé par la présence d'opérations juridiques sous-jacentes, la réciprocité alternée des remises au compte (135) et la novation de ces dernières en articles de compte indivisibles (136).

En réaction à cette conception, M. Piret soutint en droit belge la théorie des compensations successives des créances ; le compte courant est « un contrat par lequel deux personnes, en relation d'affaires, décident de ne pas procéder au règlement immédiat de chacune de leurs créances réciproques, mais de ne régler que le solde né des compensations successives de ces créances » (137). M. De Marez constate que la thèse de M. Piret n'a guère reçu d'application en doctrine et en jurisprudence (138).

---

(131) J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, *op. cit.*, p. 310, n° 427.

(132) Voy. la défense de cette distinction prônée par J. HEENEN, « Les comptes de dépôt à vue et les comptes courants. Une comparaison juridique », in *Le droit économique et financier en 1985 — Hommage à Robert Henrion,* Bruylant, 1985, pp. 407 et s.

(133) C. NAOMÉ, « Le compte courant et le virement », in Chroniques de droit à l'usage du Palais, Commission Université-Palais de Liège, Story-Scientia, 1988, pp. 1 à 30, sp. pp. 1 et 2 ; en droit français, la théorie de l'effet de règlement se substitue à la théorie belge des compensations continues ; selon M. Bonneau, « aucune théorie n'est entièrement fausse, mais aucune n'est non plus totalement satisfaisante. C'est peut-être pour cette raison que la théorie classique est toujours retenue par un certain nombre d'auteurs et par la jurisprudence, même si cette dernière a adapté cette théorie afin de mieux répondre aux besoins de la pratique » (Th. BONNEAU, *Droit bancaire*, *op. cit.*, pp. 216 à 218, n^{os} 337 à 339).

(134) J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, *op. cit.*, pp. 358 à 361, n° 487.

(135) Voy. encore récemment X. DELPECH, « Retour sur la définition du compte courant », obs. sous Cass. fr. (com.), 9 oct. 1991, *D.*, 2001, J., p. 3191 ; dans l'espèce dont connut la haute juridiction, les remises en compte s'effectuaient toujours dans le même sens.

(136) Cet effet justifie, dans la théorie classique, la valeur de paiement d'une entrée en compte, la perte des sûretés accessoires à la créance et l'anatocisme des intérêts sans que soit respecté le prescrit de l'article 1154 du Code civil ; sur ce dernier point et son caractère très contestable, voy. Chr. BIQUET-MATHIEU, *Le sort des intérêts dans le droit du crédit — Actualité ou désuétude du Code civil ?*, Ed. Collection scientifique de la Faculté de droit de Liège, 1998, pp. 242 à 279, n^{os} 136 à 150 ; il est de plus en plus admis qu'il ne s'agit pas à proprement parler de novation ni de quasi-novation (voy. sur ce point D. DE MAREZ, « Pleidooi tegen een historisch misverstand : de opname van een vordering in rekening-courant leidt niet tot novatie », *T.R.V.*, 1999, pp. 359 et s. ; du même auteur, voy. « Over de rekening-courant, de novatie en de abstracte verbintenis », obs sous Comm. Gand, 2 mars 1999, *A.J.T.*, 1999-2000, pp. 77 et s., sp. p. 80).

(137) R. PIRET, *Le compte courant*, Larcier, 1932, p. 222, n° 174.

(138) D. DE MAREZ, « Pleidooi tegen een historisch misverstand : de opname van een vordering in rekening-courant leidt niet tot novatie », *op. cit.*, p. 262.

DBL5151.book Page 233 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

Enfin, dans sa thèse de doctorat publiée en 1976 (139), M. Nelissen Grade a développé la théorie des compensations continues qui tend à considérer la relation d'affaires existant entre parties au compte comme une unité, sans que soit liquidée séparément chacune des opérations réciproques (140). Le recours de la théorie classique aux concepts de novation et d'indivisibilité était non seulement superflu, mais nuisible par ses effets secondaires, au rang desquels M. Nelissen Grade recense l'insaisissabilité du solde provisoire du compte (141).

Cherchant le commun dénominateur entre ces trois théories dans la jurisprudence récente, M. Tas estime que l'existence du compte courant est tributaire de la présence de trois conditions : l'affectation générale de toutes les créances, l'indivisibilité des créances inscrites en compte et la réciprocité des remises (142).

150. Remise en cause des catégories. Le débat sur le régime juridique du compte courant n'est pas clos. Même si les auteurs constatent que la jurisprudence de fond ne suit que très rarement une des théories dans toutes ses conséquences (143), il paraît certain que la théorie classique a été fortement édulcorée (144). En tout cas, l'influence des théories dites de compensation a eu cette conséquence de rendre plus évanescente la dis-

(139) J.-M. NELISSEN GRADE, *De rekening courant*, Maarten Kluwer's, 1976.

(140) J.-M. NELISSEN GRADE, *De rekening courant*, *op. cit.*, p. 177, n° 85 : « Uit heel het voorgaand betoog blijkt dat de overeenkomst niet de rechtsgrond kan zijn van de normen die de rekening-courant beheersen. De overeenkomst om een zakenrelatie als een eenheid te beschouwen en niet elke verrichting afzonderlijk te vereffenen is enkel de toepassingsvoorwaarde van deze regels. Zodra een zodanige overeenkomst tot stand komt worden een aantal regels van gewoonterecht van toepassing, die, in voorkomend geval, voorrang krijgen op wettelijke bepalingen van dwingend recht. Deze regels kunnen als volgt samengevat worden : — de wederzijdse schulden en vorderingen worden doorlopend gecompenseerd ; beslag op het actueel saldo of faillissement van een der correspondenten belet de compensatie niet van het saldo met schulden op termijn of onder voorwaarde… ».

(141) J.-M. NELISSEN GRADE, « Derdenbeslag op bankrekeningen », in *Liber Amicorum Frédéric Dumon*, Kluwer, pp. 677 et s., sp. p. 680 et681, n° 6 ; cela ne signifie cependant pas l'inexistence de règles particulières tendant à permettre, au sein du compte courant, une compensation des remises malgré la survenance d'un concours ; tel est précisément l'objectif de deux des règles coutumières (gewoonterechtelijke regels) prônées par l'auteur (*ibid.*).

(142) R. TAS, « Recente tendensen in de rechtspraak m.b.t. de rekening-courant », *T.R.V.*, 1995, pp. 131 et s., sp. pp. 140 et 141, n^{os} 28 à 31 ; D. DE MAREZ, « Over de rekening-courant, de novatie en de abstracte verbintenis », *op. cit.*, pp. 77 et s. ; sur les conditions d'existence d'un compte courant et ses caractéristiques de fonctionnement, voy. ég. K. TROCH, « Bankdeposito's en Bankrekeningen in beweging. Twee praktische case-studies : conventionele compensatie en filtrageovereenkomsten », *op. cit.*, pp. 221 et 222, n° 25.

(143) D. DE MAREZ, « Over de rekening-courant, de novatie en de abstracte verbintenis », *op. cit.*, p. 78 ; R. TAS, « Recente tendensen in de rechtspraak m.b.t. de rekening-courant », *op. cit.*, p. 148.

(144) Th. BONNEAU, *Droit bancaire*, *op. cit.*, p. 218, n° 339 ; cette atténuation est intervenue au grand regret de certains auteurs : « Le régime du compte courant est en pleine évolution. Des principes fondamentaux sont remis en question, sans que l'on ait cependant réussi à leur substituer un autre système cohérent » (J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, *op. cit.*, p. 356, n° 485).

DBL5151.book Page 234 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

tinction entre compte à vue et compte courant. M. Winandy en arrive à la conclusion que le compte à vue ne constitue qu'un compte courant (145).

Au contraire, MM. Van Ryn et Heenen sont restés farouches partisans de la distinction (146). Ainsi, dans une étude bien connue (147), M. Heenen a examiné la distinction entre compte à vue et compte courant à trois points de vue : le but de chacun des contrats, leur régime juridique et la possibilité d'un critère. La conviction de l'auteur ne peut guère être entamée quant aux buts des types de comptes (148). Partisan de la théorie classique — ce qui le contraint à affronter M. Nelissen à quelques reprises —, M. distinction : le principe d'affectation générale et l'effet novatoire sont l'apanage du compte-courant, tandis que l'exigibilité du solde provisoire positif en faveur du client ne se manifeste qu'en cas de compte à vue (149).

151. Développements. Le sujet reste donc controversé. Deux éléments nous paraissent cependant acquis. D'une part, le compte courant n'est pas une convention spécifiquement bancaire ; il peut réunir des partenaires économiques dont l'activité ne participe en rien de celles visées à l'article 1er de la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit. On ne s'étonnera pas que, dans la présente recherche, le compte courant ne nous intéressera que s'il unit un agent économique quelconque à un établissement de crédit.

D'autre part, le compte courant suppose que les mouvements qui l'animent trouvent leur origine dans des remises réciproques. Or, cette caractéristique nous paraît écarter de la qualification de compte courant les comptes bancaires exclusivement mouvementés par le client, par des retraits et versements successifs, que ceux-ci émanent de ce client ou de

(145) Ch.-Gh. WINANDY, « Les comptes en banque et les intérêts », *op. cit.*, pp. 19 à 31, nos 9 à 18, sp. n° 9 ; voy. ég. L. SIMONT et A. BRUYNEEL, « Chronique de droit bancaire privé — Les opérations de banque (1978-1979) », *Rev. Banque*, 1979, pp. 667 et s., sp. n° 14 : « […] des règles traditionnellement considérées comme spécifiques aux comptes courants deviennent des règles communes à tous les comptes bancaires, courants ou non » ; ces auteurs maintenaient cependant la particularité du compte courant.

(146) J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, *op. cit.*, p. 310, n° 427.

(147) J. HEENEN, « Les comptes de dépôt à vue et les comptes courants. Une comparaison juridique », in *Hommage à Robert Henrion*, Bruylant, 1985, pp. 407 et s.

(148) J. HEENEN, « Les comptes de dépôt à vue et les comptes courants. Une comparaison juridique », *op. cit.*, n° 4.

(149) J. HEENEN, « Les comptes de dépôt à vue et les comptes courants. Une comparaison juridique », *op. cit.*, n° 6 ; l'auteur ajoute que la saisie-arrêt illustre par ses effets les » différences profondes » qui séparent les deux institutions ; en ce qui concerne le compte courant bancaire, selon lui, le principe de l'affectation générale, qui aurait permis que le solde négatif soit épongé par des remises postérieures, ne peut sortir ses effets ; il en conclut que la saisie-arrêt perturbe gravement le fonctionnement du compte courant, alors que tel n'est pas le cas du compte à vue ; quelle que soit l'opinion de l'auteur, il reste que la jurisprudence des Cours de cassation française et belge lui a opposé un vif démenti, comme nous le verrons (*infra*, nos 180 et s.).

DBL5151.book Page 235 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

tiers. Dans pareille hypothèse, la banque n'exécute qu'un service de caisse et n'est en rien à l'origine de la remise pécuniaire (150).

Certes, en sens contraire, une certaine édulcoration de l'exigence de réciprocité a pu être prônée en doctrine. Ainsi, selon M. Bonneau, « on doit toutefois observer que la réciprocité des remises est parfois entendue de façon compréhensive : on a ainsi admis que la réciprocité existait du seul fait que le compte est crédité ou débité d'intérêts ou de commissions. On fait surtout observer que la jurisprudence n'exige pas que la réciprocité soit effective : il suffit qu'elle n'ait pas été exclue par la convention des parties » (151). Le même auteur évoque plus loin les remises qu'opère l'établissement de crédit en cas de découvert du compte (152).

Au contraire, à nos yeux, la possibilité que le solde du compte soit débiteur ne nous paraît pas de nature à remettre en cause la distinction entre compte de dépôt et compte courant, que maintient d'ailleurs une doctrine aussi autorisée que celle de MM. Schrans et Steennot (153). La raison en est que cette forme de crédit bancaire ne participe pas de la nature du compte bancaire (154). Deux arguments soutiennent cette position. D'une part, l'article 3, § 6, de la loi du 24 mars 2003 instaurant un service bancaire de base, dispose que « les opérations effectuées dans le cadre du service bancaire de base ne sont pas exécutées si elles engendrent un solde débiteur ». D'autre part, une controverse opposant les spécialistes des régimes matrimoniaux nous paraît également symptomatique de ce que le débit en compte n'est pas inhérent à ce dernier. Il s'agit de la question de savoir si les différentes formes de crédit attachées à l'ouverture d'un compte bénéficient ou non de la gestion exclusive inscrite dans l'article 218 du Code civil (155).

---

(150) En ce sens ég. : H. SWENNEN, « Bankrekeningen en bankdeposito's », *op. cit.*, p. 65, n° 9 ; voy. ég. B. DU LAING, « Kwalificatie(s) van de kredietopening(en) en beslag op kredietruimte », *N.F.M.*, 2005, pp. 113 et s., sp. p. 124, n° 22.

(151) Th. BONNEAU, *Droit bancaire*, *op. cit.*, p. 223, n° 343.

(152) Th. BONNEAU, *Droit bancaire*, *op. cit.*, p. 225, n° 348.

(153) « Het doel van de rekening-courant is derhalve duidelijk verschillend van dit van de zichtrekening. Bij een zichtrekening beoogt de titularis gelden toe te vertrouwen aan de bank om van bankdiensten te kunnen genieten en wenst de bank zoveel mogelijk fondsen te verzamelen om haar kredietwerkzaamheden te kunnen uitoefenen. Bij een rekening-courant daarentegen willen de partijen de regeling van hun wederzijdse vordereingen en schulden zoveel mogelijk opschorten tot aan de afsluiting van de rekening, zodat een kredietverlening bestaat voor de partij die in debet staat. Deze vorm van kredietverlening onderscheidt zich duidelijk van deze die eventueel verbonden is aan de zichtrekening » (G. SCHRANS et R. STEENNOT, *Algemeen deel van het financieel recht*, *op. cit.*, pp. 205 et 206, n° 199) ; comp. C. NAOMÉ, « Le compte courant et le virement », *op. cit.*, p. 4, qui estime indispensable le maintien de la distinction, car « il existe entre une banque et son client une relation spécifique, qui est en réalité un faisceau de contrats distincts se matérialisant éventuellement dans des comptes distincts ».

(154) En ce sens ég. : H. SWENNEN, « Bankrekeningen en bankdeposito's », *op. cit.*, p. 63, n° 5 : « Uit haarzelf verplicht de zichtrekening de bankier niet tot kredietverlening ».

(155) Sur ce point, voy. Y.-H. LELEU, et I. STAQUET, « Les comptes en banque et coffres-forts », in « Les régimes matrimoniaux », *Rép. not.*, t. V, l. II, Larcier, 1997, pp. 287 et s., sp. 290, n° 140 ; *adde* S. MOSSELMANS, « Het huwelijksvermogensrechtelijk statuut van gelden gedeponeerd op een bankrekening », *op. cit.*, pp. 255 à 260, n^{os} 17 à 26.

DBL5151.book Page 236 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

Au demeurant, même lorsque la relation de compte entre l'établissement de crédit et son client s'analyse en un véritable compte courant, Mme Grégoire a justement relevé que la définition classique de la remise ne pouvait être maintenue comme telle lorsque la relation de compte se noue entre une banque et son client (156). C'est donc au prix d'une adaptation substantielle de la conception de la remise que celle-ci peut expliquer les relations entre un établissement de crédit et le titulaire du compte.

152. Proposition d'analyse aux conséquences limitées pour le droit de l'exécution. Dès lors, comment discerner l'existence d'un véritable compte courant auquel est partie un établissement de crédit ? En réalité, le cas se présente lorsque ce dernier entend mettre à disposition d'un client le crédit qu'il lui a octroyé (157). Comme l'écrit Mme Grégoire, « observant le phénomène du compte courant, il faut noter que, dans cette relation bancaire particulière, la créance de la banque découle, dans la très grande majorité des cas, de l'utilisation faite par le client d'une ouverture de crédit. Cette créance s'exprime, au sein du compte, par l'indication d'un solde débiteur, non exigible sans préavis (si le crédit est octroyé à durée indéterminée), ou non exigible avant une date précise (si le crédit est consenti pour un terme défini) mais généralement exécutable, en ce sens que le client peut modifier à sa guise le solde du compte, en effectuant des remises » (158).

L'octroi d'un crédit en compte courant se justifie en raison des avantages qu'il présente pour les deux parties. Pour le client, le caractère *revolving* intrinsèque de l'opération emporte cette conséquence que les versements en compte qu'il effectue ou dont il bénéficie n'entament pas le montant du crédit qui lui a été octroyé et ajustent le calcul des intérêts au montant du crédit dont le client a réellement besoin. Dans le chef de l'établissement de crédit, l'exécution du crédit en compte courant assure

(156) M. GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, *op. cit.*, pp. 195 et 196, n° 297 : « Les remises en compte courant peuvent être définies, conformément à l'enseignement classique, comme toutes les créances existant au profit du remettant, envers le récepteur, et devant être portées en compte en vertu du principe de la généralité… Tentons d'appliquer cette définition aux rapports entre le banquier et son client. Si l'on aperçoit bien la nature de la créance dont peut disposer le premier envers le second — cette créance résultant le plus souvent de l'utilisation faite par le client, d'une ligne d'avance, d'une ouverture de crédit ou d'un prêt consenti par le banquier-, la nature de la créance du client envers son banquier est toutefois plus difficile à cerner […] Toutes [les] inscriptions au crédit du client ne résultent, en tout cas, pas de créances de ce dernier envers la banque, mais constituent les exécutions de créances diverses envers des tiers, ou des versements volontaires. Nous en concluons que, si la définition classique de la 'remise en compte courant', conçue comme une créance du remettant envers le récepteur, peut être maintenue dans les rapports entre deux personnes n'exerçant pas d'activité bancaire, cette définition ne peut être conservée sans nuance lorsque les relations envisagées se sont nouées entre un commerçant (ou un client, en général) et son banquier ».

(157) Voy. ég. C. ALTER, « Les comptes en banque », *op. cit.*, n° 10.

(158) M. GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, *op. cit.*, p. 211, n° 314.

DBL5151.book Page 237 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

une réduction constante du solde débiteur et lui permet de bénéficier de l'écartement prétorien de la limitation de l'anatocisme (159).

En tout état de cause, quelle que soit la valeur explicative de la distinction, cette dernière paraît peu utile en pratique, en raison de la teneur des relations contractuelles entre l'établissement de crédit et son client. Ainsi, peut-on lire dans les conditions générales de la plus importante banque du pays que « les comptes à vue sont régis selon les principes du compte courant » (160).

153. Synthèse. En résumé, l'analyse juridique a progressivement gommé les différences opposant compte courant et compte de dépôt. M. Bonneau évoque une « identité relative » entre eux, suggère une autre distinction entre comptes à effet de règlement et ceux qui n'en comportent pas et constate enfin que les cas de distinction sont essentiellement le fait de textes légaux ponctuels (161). Le constat paraît identique en Belgique. Les dispositions législatives que nous avons citées, en ce qu'elles régissent l'information sur le taux des intérêts débiteurs ou uniformisent les dates-valeurs lorsqu'il est question de compte à vue, ne suscitent apparemment pas de contentieux. L'établissement de crédit qui lie expressément le régime juridique du compte à vue à celui du compte courant n'entend pas écarter l'application des dispositions impératives précitées. Selon certains auteurs, la différenciation entre compte à vue et compte courant conserverait une utilité en matière d'anatocisme (162).

Nous constaterons dans la suite de nos développements que le régime de saisissabilité des comptes, comptes de dépôt ou comptes courants, révèle des convergences qui confinent à l'uniformité, au point que la doctrine spécialisée en droit bancaire parle indistinctement à ce propos de compte courant et de compte bancaire (163).

---

(159) J. CATTARUZZA, « Le crédit bancaire », in *Guide juridique de l'entreprise*, titre IV, livre 45, Kluwer, 1995, pp. 13 et 14, n° 90.

(160) Article 24, alinéa 3 des conditions générales de Fortis Banque — Règlement des opérations, enregistrées à Bruxelles le 31 mai 1999 ; cette référence suscite en nous des doutes quant au maintien d'une nette ligne de séparation entre compte courant et compte à vue (comp. C. ALTER, « Les comptes en banque », *op. cit.*, n° 11).

(161) Th. BONNEAU, *Droit bancaire*, *op. cit.*, p. 227, n° 354.

(162) A. BRUYNEEL et E. VAN DEN HAUTE, « Chronique de droit bancaire privé — Les opérations de banque (1998), *Rev. Banque*, 1999, pp. 388 et s., sp. p. 390, n° 7 ; les auteurs rappellent qu'un usage justifierait l'inapplication au compte courant des conditions posées par l'article 1154 du Code civil et estiment controversée l'extension de ce régime dérogatoire au compte à vue ; à l'appui de cette expectative, ils citent Mme Biquet-Mathieu, en s'abstenant cependant de signaler que ce dernier auteur a démontré que rien ne justifiait la faveur réservée traditionnellement au compte courant (Chr. BIQUET-MATHIEU, *Le sort des intérêts dans le droit du crédit — Actualité ou désuétude du Code civil ?*, *op. cit.*, pp. 260 à 279, n^{os} 143 à 150).

(163) Ainsi, dans le cours d'un rappel des caractéristiques propres au compte courant, MM. Buyle et Delierneux écrivent : « Le solde est disponible et saisissable. Le titulaire d'un compte bancaire peut de même disposer de la position créditrice de son compte courant bancaire par le biais d'instruments de paiement, chèques, virements ou cartes » (J.-P. BUYLE et M. DELIERNEUX, obs. sous Mons, 8 oct. 2001, *R.D.C.*, 2003, p. 8)

DBL5151.book Page 238 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

Nous avons ainsi, pensons-nous, ramené à une proportion raisonnable la controverse distinguant comptes de dépôt et compte courant. Il nous revient maintenant, après avoir décrit le réceptacle, d'examiner ce qui nourrit le fonctionnement du compte, à savoir le dépôt bancaire.

§ 2. Le dépôt bancaire, amorce nécessaire du compte

154. Schéma. À n'en pas douter, le lien qui unit le compte bancaire au dépôt est particulièrement étroit. N'a-t-on pas écrit que « seule la notion de compte permet d'expliquer le mécanisme du dépôt à vue […] C'est le compte qui donne [aux] versements et […] retraits un cadre juridique commun et qui permet de les réaliser sans difficulté » (164). Las, l'analyse juridique du dépôt bancaire reste elle-même incertaine. Nous distinguerons l'approche traditionnelle de la doctrine et de la jurisprudence belge (A) de positions plus récentes et novatrices développées par MM. Grua et Steennot (B).

A. *Incertitude de l'analyse traditionnelle*

155. Références analogiques. La doctrine commercialiste a souvent regretté la référence à l'idée de dépôt ; la remise de fonds sur un compte ne pourrait être qualifiée de contrat de dépôt, fût-il irrégulier (165), mais des auteurs, et non les moindres, maintiennent cette analyse (166). Le parallélisme avec le prêt, quant à lui, ne serait concevable que pour les dépôts à terme (167) ; un arrêt du 23 décembre 1998 de la cour d'appel

(164) J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, *op. cit.*, pp. 335 et 336, n° 455 ; le lien est tel que les savants auteurs ont indistinctement employé les deux termes pour désigner la même réalité : voy. *ibid.*, p. 336, n° 456.

(165) J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, *op. cit.*, p. 334, n° 453 ; Ch.-Gh. WINANDY, « Les comptes en banque et les intérêts », *op. cit.*, pp. 9 et s., sp. p. 10, n° 1 ; G.-A. DAL, « La nature juridique du compte de dépôt à vue », *op. cit.*, n° 9 ; plus généralement, certains auteurs insistent de façon récurrente sur l'erreur que représente, à leurs yeux, le fait de se référer aux principes et institutions du droit civil, en ce que cela crée un divorce entre la réalité des pratiques quotidiennes et la théorie juridique (J. VAN RYN et J. HEENEN, *ibid.*, p. 302, n° 417) ; M. Winandy invite quant à lui le juriste à se garder d'être poète dans sa fonction pour « tenter dans l'analyse des règles de droit et de leur application de respecter la réalité des choses » (Ch.-Gh. WINANDY, « La mise en gage de comptes bancaires, de comptes titres et de titres dématérialisés », in *Le point sur le droit des sûretés*, Formation permanente C.U.P., vol. 41, 2000, pp. 113 et s., sp. pp. 119 et 182) ; tout en se gardant de tout manichéisme, force est de constater que la réalité des choses laisse parfois apparaître des solutions *contra legem*.

(166) R. LIBCHABER, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, *op. cit.*, pp. 156 à 163, n^{os} 195 à 205 qui paraît cependant, aux termes de ses développements, préférer de justesse la qualification de dépôt à celle de contrat sui generis, cette dernière revenant « à se dérober à tout qualification » (sp. n° 205) ; comp D. R. MARTIN, « Introduction », in *L'obligation de restitution du banquier*, Bruylant 1998, pp. 1 et s., sp. p. 3, qui paraît prôner également cette analyse : « Sans lui être exclusive, l'obligation de rendre est caractéristique du contrat de dépôt. Or le dépôt constitue l'un des deux ou trois actes fondamentaux de l'activité bancaire ».

(167) J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, *op. cit.*, p. 335, n° 454 ; G.-A. DAL, « La nature juridique du compte de dépôt à vue », *op. cit.*, sp. n° 11.

DBL5151.book Page 239 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

de Bruxelles voit cependant dans le dépôt de fonds sur un compte en banque un prêt de consommation (168). Selon le professeur Wéry, le dépôt bancaire n'est pas un contrat de dépôt organisé par le Code civil, mais « un service que rend la banque, dans le cadre de son service caisse » (169).

Une tentative pragmatique de dépasser le débat de la qualification du dépôt bancaire consiste, tout en reconnaissant une spécificité au dépôt bancaire, à emprunter néanmoins son régime juridique aux institutions de droit civil qui lui sont proches (170). C'est la voie que paraît avoir choisie notre Cour de cassation dans un arrêt du 16 septembre 1993 (171), même si la portée concrète de cette décision reste controversée.

156. Incertitude de la position de la Cour de cassation. Les faits, connus, ressortent clairement de la lecture de l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 10 septembre 1991 (172). Un travailleur intérimaire d'une S.A. Baxter Travenol, qui disposait d'un compte à vue auprès de la Générale de Banque, subtilisa deux bulletins de virement de la société, imita la signature du fondé de pouvoirs et fit virer deux importants montants sur un compte dont il disposait auprès de la même banque. La société victime de ces agissements frauduleux assigna la Générale de Banque en responsabilité ; outre le fondement pris d'une inexécution fautive de ses obligations de prestataire de services, la société se référait à l'obligation de restitution des fonds déposés. L'analyse des faits conduisit la cour d'appel à nier toute faute dans le chef de la banque en qua-

(168) Bruxelles (2e ch.), 23 déc. 1998, *R.D.C.*, 1999, p. 681 avec obs. J.-P. BUYLE et M. DELIERNEUX ; cet arrêt est également évoqué par A. BRUYNEEL et E. VAN DEN HAUTE, « Chronique de droit bancaire privé — Les opérations de banque (1999) », *Rev. Banque*, 2000, pp. 539 et s., sp. p. 542, n° 11.

(169) P. WÉRY, « La nature juridique du virement bancaire de fonds », *J.T.*, 1988, pp. 385 et s., sp. p. 386, note 32.

(170) Y. MERCHIERS et K. TROCH, « De verbintenis tot teruggave in speciën van de bankier », *op. cit.*, p. 43, n° 3 : « Hoewel de specificiteit van de bankmechanismen het moeilijk maken om ze strikt te herleiden tot een van de benoemde overeenkomsten uit het Burgelijk Wetboek, is een duidelijke verwantschap met enkele daarvan niettemin onbetwistbaar voorhanden. Dit is meer specifiek het geval t.a.v. de bewaargeving, de lening, de lastgeving en de huur van diensten. Onmiskenbaar zouden de algemene bepalingen uit die overeenkomsten inhoud en vorm kunnen geven aan de teruggaveplicht van de bankier » ; cette position, à nos yeux judicieuse, cite à son appui MM. Van Ryn et Heenen (J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, *op. cit.*, n° 417), mais nous n'y lisons rien en ce sens, au contraire puisqu'ils y regrettent « une analogie, approximative et superficielle » avec certains contrats classiques ; en jurisprudence, voy. Bruxelles 18 nov. 1999, *R.D.C.*, 2000, p. 680, avec obs. J.-P. BUYLE et M. DELIERNEUX ; dans cet arrêt, la cour d'appel de Bruxelles qualifie la convention d'ouverture de compte à vue de « contrat sui generis qui tient tant du dépôt que du prêt à la consommation et du mandat ».

(171) Cass. (1re ch.), 16 sept. 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 698, *Rev. Banque*, 1994, p. 43 et note O. POELMANS et A. DÉOME, « Les relations entre le banquier et son client titulaire d'un compte en banque après l'arrêt de la Cour de cassation du 16 septembre 1993 », *Rev. Banque*, 1994, pp. 411 et s.

(172) Bruxelles (4e ch.), 10 sept. 1991, *J.L.M.B.*, 1992, p. 1085 avec note F. DE PATOUL, « La responsabilité du banquier en cas d'exécution d'un virement falsifié » ; pour le jugement d'instance, voy. Comm. Bruxelles, 25 mai 1988, *R.D.C.*, 1990, p. 74.

DBL5151.book Page 240 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

lité de prestataire de services. La juridiction retint par contre le second fondement : obligation de résultat, le devoir de restitution, analogue à celui prescrit par l'article 1937 du Code civil, avait été violé par la banque lorsqu'elle débita le compte de la société en vertu d'une instruction qui s'avéra inexistante. Certes, la banque pouvait se prévaloir d'une créance réciproque vis-à-vis de la société lésée en ce que cette dernière était responsable de ses préposés ; mais la compensation judiciaire était inconcevable pour fait de prescription, tandis que la compensation légale était interdite en l'espèce par l'article 1293 du Code civil. Aux termes de cette disposition, « la compensation a lieu, quelles que soient les causes de l'une ou l'autre des dettes, excepté dans le cas […] 2° de la demande de restitution d'un dépôt et du prêt à usage ».

Dans son commentaire sous l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles, M. De Patoul, après avoir rappelé la nature juridique controversée du virement, constate que la fausseté de l'ordre de virement était suffisante pour retenir la responsabilité de la banque : un ordre faux équivaut en effet à une absence d'instruction ; point n'était besoin de se référer dès lors à l'obligation de restitution. C'était confondre là la faute et le dommage, selon M. De Patoul, qui clôture son analyse en examinant les trois types d'exceptions qui permettent à la banque d'éviter une condamnation : exonération conventionnelle (173), faute de la victime et théorie de l'apparence.

L'arrêt fut soumis à la censure de la Cour de cassation. Par l'arrêt précité du 16 septembre 1993 (174), elle estima tout d'abord « que l'arrêt décide légalement, sans contradiction ni ambiguïté, que le contrat de compte à vue conclu entre les parties, sans être un contrat de dépôt au sens de l'article 1915 du Code civil, est un contrat de dépôt de fonds à vue qui impose au banquier une obligation de restitution analogue à celle qui pèse sur un dépositaire ».

Ensuite et par contre, quant à l'application de l'article 1293 du Code civil, la Cour décida « que cette exception ne s'applique pas au contrat de compte à vue ouvert auprès d'une banque ; […] que l'arrêt qui décide le contraire et qui considère en outre que la compensation légale ne peut « jouer entre le crédit d'un compte bancaire de dépôt et la

(173) Sur ces clauses de style et leur compatibilité avec le droit commun des obligations et le droit d'origine consumériste, voy. O. POELMANS et A. DÉOME, obs. citées, p. 414, nos 12 à 21 ; ces auteurs insistent sur l'importance du libellé des clauses d'exonération et du fondement donné à l'action vis-à-vis de la banque en cas de faux virement ; mais ils concluent qu'une dérogation à l'article 1239 est parfaitement concevable, ce qui revient de facto à priver la victime de tout recours contre sa banque ; voy. surtout la première partie de la thèse de M. Steennot, intitulée « De problematiek van de toetredings-contracten in het betalingsverkeer » (R. STEENNOT, *Elektronisch betalingsverkeer — Een toepassing van de klassieke principes*, Intersentia, 2002, pp. 21 à 90, nos 30 à 123).

(174) On remarquera que la publication de la décision à la *Pasicrisie* ne reproduit que la partie de l'arrêt répondant à la quatrième branche du moyen, relative à l'inapplicabilité de l'article 1293 du Code civil.

DBL5151.book Page 241 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

créance de dommages et intérêts qu'une banque pourrait avoir contre un client en raison d'une faute délictuelle ou quasi délictuelle commise par ce dernier » viole les dispositions légales indiquées en cette branche du moyen ».

157. Appréciation. Selon MM. Poelmans et Déome, il ressort sans ambiguïté de l'arrêt de cassation que le contrat de compte à vue est un contrat *sui generis*, n'étant ni un dépôt irrégulier ni un prêt de consommation. Cette dernière exclusion est déduite de l'allusion faite par la Cour à une obligation de restitution analogue à celle qui pèse sur les dépositaires : au regard des différences existant entre les devoirs de restitutions des contrats de dépôt et de prêt de consommation, la Cour a nécessairement écarté la qualification de prêt de consommation (175). M. Alter rejoint cette analyse (176). M. Swennen, quant à lui, insiste sur l'importance de l'idée de dépôt, en particulier pour les comptes d'épargne et à terme et regrette la référence au *sui generis*, qui est pour lui « un argument et non une définition » (177).

Quoi qu'il en soit, on ne peut que regretter le caractère assez contingent, pourrait-on dire, de cet arrêt. Le compte dit « de dépôt » n'est examiné qu'incidemment, en raison du dysfonctionnement d'un de ses instruments de transfert qu'est le virement.

158. Nouvelle attente déçue. Dans le pourvoi ayant donné lieu à un arrêt du 19 décembre 2002 (178), était soumis à la censure de la Cour de cassation un arrêt de la cour d'appel de Liège du 13 février 2001. L'action originaire émanait de l'Union nationale des mutualités socialistes qui avait versé des indemnités d'incapacité de travail postérieurement au décès du bénéficiaire de celles-ci (179). Apparemment confronté à des difficultés d'identification des héritiers du défunt et des forces actives de la succession, l'organisme avait préféré tenter de récupérer l'indu auprès

(175) O. POELMANS et A. DÉOME, obs. citées, p. 418, n^os^ 31 et 32.

(176) C. ALTER, « Les comptes en banque », *op. cit.*, n° 6.

(177) H. SWENNEN, « Bankrekeningen en bankdeposito's », *op. cit.*, p. 62, n° 2 et p. 64, n° 7.

(178) Cass. (1re ch.), 19 déc. 2002, *D.A.O.R.*, 2003, n° 66, p. 7.

(179) Pareil contentieux semble très extrêmement fréquent (voy. J.P. Bruxelles (2e cant.), 4 févr. 2005, *Journ. proc.*, 22 avr. 2005, n° 501, pp. 29 et s., avec note Ph. TOUSSAINT, qui rejette également l'action en répétition d'indu dirigée contre l'établissement de crédit) ; remarquons que l'hypothèse a été réglée par le législateur en matière de versements de pensions après décès ; voy. l'article 1er, § 2, alinéa 3, de l'arrêté royal du 17 octobre 1991 portant le paiement par virement des prestations liquidées par l'Office national des pensions, tel que modifié par l'article 1er de l'arrêté royal du 9 mars 2004 portant le paiement par virement des prestations liquidées par l'Office national des pensions (*M.B.*, 17 mars 2004) : « Toutes les personnes concernées autorisent l'organisme financier choisi à rembourser, par débit du compte à l'Office national des pensions toutes les sommes payées indûment dans les limites fixées par la convention visée au § 1er, autorisation qui reste en vigueur lors de leur décès. Ce débit est opéré lorsque les sommes ont été payées après le décès du bénéficiaire ou de son conjoint quand il s'agit d'une prestation de ménage. Ce débit est également opéré pour les prestations qui ont été indûment payées à la suite du non-respect des engagements du bénéficiaire ».

DBL5151.book Page 242 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

de Fortis, banque apéritrice du compte sur lesquels les indemnités avaient été versées. L'Union des mutualités socialistes prétendait que les fonds versés ne faisaient pas partie de la masse successorale.

Faisant référence à l'arrêt du 16 septembre 1993 de la Cour de cassation, la cour d'appel de Liège décida en substance qu'au regard de son obligation de restitution analogue à celle qui pèse sur un dépositaire, la banque ne jouissait d'aucun pouvoir de disposition sur les fonds versés. Il ne lui appartenait pas de passer des écritures en sens contraire pour réaliser la régularisation souhaitée par le *solvens*. Seul le patrimoine du défunt avait reçu les sommes indûment versées. Le fait que le défunt ou sa succession n'avaient pas droit aux paiements litigieux n'emportait pas le fait que la banque aurait reçu ces fonds pour compte propre.

La première branche du pourvoi était déduite du caractère *intuitu personae* du contrat de compte à vue. Ce dernier avait donc pris fin automatiquement par le fait du décès. Selon la deuxième branche, « à défaut de contrat de dépôt ou de tout autre contrat, la défenderesse n'a pu recevoir les paiements qu'en son nom personnel et, en tout cas, n'a pu percevoir les paiements de la demanderesse pour compte de la défunte ou de sa succession ; dès lors, les sommes versées après le décès du titulaire du [contrat de] compte à vue sont un paiement effectué nécessairement à la banque elle-même » (180). Quant aux conditions de l'action en répétition de l'indu, la troisième branche opérait une distinction entre « *accipiens* intellectuel », bénéficiaire ultime du paiement, et « *accipiens* matériel ». Selon le pourvoi, la récupération de l'indu ne pouvait s'exercer que contre ce dernier, soit la banque.

L'enseignement de l'arrêt de cassation est limité, en raison des fins de non-recevoir opposées victorieusement aux deux premières branches du moyen, déduites soit de son imprécision, soit de sa nouveauté. Ainsi, l'argument de l'impact du décès sur le contrat, *intuitu personae*, de compte à vue, n'avait pas été soulevé devant la cour d'appel. Seule la réponse de la Cour de cassation à la troisième branche du moyen est instructive : « Attendu que l'arrêt considère que la défenderesse était dépositaire de la somme litigieuse ; que les sommes remises au banquier

(180) Nouveau en cette branche, le moyen fut déclaré irrecevable par la Cour de cassation ; MM. Poelmans et Blommaert l'estiment de toutes façons non fondé ; ils écrivent en substance : « Un virement fait sur un compte en banque d'un client après le décès de celui-ci 'tombe' donc bien sur ce compte, où il est crédité. Le banquier qui reçoit un virement pour le compte de son client agit en qualité de mandataire à l'encaissement de celui-ci…Et si un mandat prend fin par la mort du mandant, les actes accomplis par le mandataire dans l'ignorance du décès du mandant sont valides (article 2008 du Code civil) […] La jurisprudence considère par ailleurs que le mandataire est tenu de poursuivre le mandat (« les affaires courantes ») si la cessation de sa mission risque d'engendrer un préjudice pour les ayants droit du mandant » (O. POELMANS et D. BLOMMAERT, « Chronique de jurisprudence en droit bancaire », *D.A.O.R.*, 2003, n° 66, pp. 40 et s., sp. p. 44, n° 8).

DBL5151.book Page 243 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

dans le cadre d'un contrat de dépôt de fonds à vue ne sont pas payées à ce banquier, de sorte qu'il ne peut être tenu de les restituer sur la base des dispositions précitées ».

On est réduit à espérer que la Cour de cassation précise à l'avenir sa conception du compte, même si son champ d'action ne peut par nature qu'être très limité en la matière (181), ce qui a été regretté (182).

B. *Développements de MM. Grua et Steennot*

159. Le dépôt, catalyseur de la circulation monétaire. M. Grua a développé sur le sujet du dépôt de monnaie en banque, selon ses propres termes, « quelques antithèses » dont le caractère *a priori* iconoclaste s'avère fécond (183). La garde des fonds, souvent présentée comme essentielle, est tout d'abord mise hors débat : ce dont il s'agit en réalité pour le déposant, c'est de faire supporter par la banque le mouvement des fonds, ce qui s'avère plus pratique que la circulation des espèces monétaires. L'hésitation lancinante entre les qualifications de dépôt et de prêt s'avère dès lors inadéquate, aucune de ces institutions n'ayant pour justification de procurer au remettant une meilleure utilisation de son argent.

À l'instar d'autres travaux, la contribution de M. Grua souligne combien les notions de propriété et de biens sont inappropriées lorsqu'il s'agit de parler de monnaie et d'obligation monétaire. Au terme de son étude, il estime que le dépôt de monnaie en banque est un contrat dont les seuls finalité et effet sont la naissance d'une créance monétaire, permettant le déplacement de la monnaie. Reprenant plus tard la plume pour examiner le compte bancaire, il insiste à nouveau sur le fait que les comptes bancaires, et eux seuls, tendent « à dégager une masse d'argent disponible pour le client » (184). « Un solde disponible n'est pas une créance de somme d'argent, ou il est plus qu'une créance de somme d'argent, parce que les prérogatives que le client reçoit sur lui sont différentes de celles qui sont attachées au droit de créance. En effet, le créancier d'une somme d'argent a seulement le droit de réclamer cette somme au débiteur, non le pouvoir de disposer des espèces de son débiteur. Or la fonction spécifique d'un compte en banque est précisément de reporter sur un solde ce pouvoir de disposition de la monnaie qui avant le

(181) Ph. GÉRARD, « La censure exercée par la Cour de cassation de Belgique sur les décisions des juges du fond en matière de compte-courant », in *Hommage à J. Heenen*, Bruylant, 1994, pp. 165 et s.

(182) D. DE MAREZ, « Pleidooi tegen een historisch misverstand : de opname van een vordering in rekening-courant leidt niet tot novatie », *op. cit.*, sp. p. 363.

(183) Fr. GRUA, « Le dépôt de monnaie en banque », *D.*, 1998, Chron., p. 259 et s.

(184) Fr. GRUA, « Qu'est-ce qu'un compte en banque ? », *D.*, 1999, Chron., pp. 255 et s., sp. p. 255, n° 2.

DBL5151.book Page 244 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

dépôt tenait à la détention de celle-ci. Ce qui est disponible, dans le solde, ce sont en réalité des espèces du banquier, non une créance sur le banquier » (185).

160. Le dépôt, générateur d'une obligation de mise à disposition de fonds. L'analyse proposée dans sa thèse par M. Steennot n'est pas éloignée de ce point de vue. Renonçant à l'institution du mandat pour expliquer le mécanisme du virement, l'auteur développe sa recherche d'une nouvelle qualification de ce dernier au départ de l'analyse de l'avoir scriptural (186).

Tout en constatant que le sujet reste controversé, l'auteur relève qu'il est traditionnellement admis que le solde positif est une créance du titulaire du compte vis-à-vis de l'institution financière (187) ; plus précisément, l'obligation de la banque consiste à tenir le compte à la portée du titulaire qui peut en disposer en toute certitude via les différents instruments de paiement scripturaux qui lui sont fournis. En substance, écrit l'auteur, « ce n'est que si le titulaire du compte jouit de la garantie absolue qu'il peut à tout moment dépenser l'avoir scriptural ou le changer en monnaie fiduciaire qu'il sera prêt à recevoir un paiement en monnaie scripturale. La créance du titulaire du compte possède dès lors un caractère particulier et indépendant » (188).

Cette indépendance, à l'égard des rapports sous-jacents, de l'engagement consenti par l'établissement de crédit de mettre à disposition l'avoir scriptural est inspirée du droit allemand. Aux yeux de l'auteur, elle est conciliable avec le droit belge qui reconnaît droit de cité aux

(185) Fr. GRUA, « Qu'est-ce qu'un compte en banque ? », *op. cit.*, p. 256, n^{os} 11 et 12 ; le savant auteur précise opportunément : « Ce n'est pas à dire que le solde cesse tout à fait d'être créance, que la créance disparaît complètement sous les espèces. Le solde se réduit à une créance quand il cesse d'être disponible. Ainsi lorsque la banque cesse ses paiements. Ainsi quand un tiers créancier saisit le solde, qui s'en trouve bloqué. Ainsi à la clôture du compte, car le service de caisse prend fin » (*ibid.*, n° 12) ; voy. ég. F. de CLIPPELE et O. GOFFARD, « "Go digital" : het vertrouwen in de e-handel en de juridische kwalificatie van de elektronische betalingsmechanismen — Toetsing van het beginsel van de rechtszekerheid in het rechtsgebied van elektronische betaling aan de hand van de nationale en Europese rechtsbronnen », in *Aspects juridiques du paiement électronique*, Kluwer, 2004, pp. 57 et s., sp. p. 65, qui écrivent que le compte repose sur la confiance dans la disponibilité de l'argent.

(186) R. STEENNOT, *Elektronisch betalingsverkeer — Een toepassing van de klassieke principes*, *op. cit.*, pp. 119 à 125, n^{os} 162 à 166 ; voy. ég. la définition fort proche de la monnaie scripturale par V. SAGAERT, Zakelijke subrogatie, *op. cit.*, p. 333, n° 363 : « Giraal geld…is…het geheel van fondsen dat ingeschreven staat als rekeningtegoed bij een financiële instelling en waarover de titularis op elk ogenblik en zonder formaliteiten kan beschikken ».

(187) En ce sens ég. : P. LETTANY, « Beheer van banktegoeden van minderjarigen », in *Bankcontracten*, Die Keure, 2004, pp. 83 et s., sp. p. 104, n° 41.

(188) R. STEENNOT, *Elektronisch betalingsverkeer — Een toepassing van de klassieke principes*, *op. cit.*, p. 121, n° 163 (« Slechts indien de rekeninghouder de absolute zekerheid bezit dat hij het aanwezige giraal tegoed te allen tijde kan spenderen of omzetten in chartaal geld, zal hij bereid zijn een betaling in giraal belg te ontvangen… De schuldvordering van de rekeninghouder bezit aldus een bijzonder en zelfstandig karakter »).

DBL5151.book Page 245 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

obligations abstraites (189). Elle peut également s'appuyer sur le devoir de restitution qui incombe à l'organisme de crédit (190).

Selon M. Steennot, la naissance de l'obligation est tributaire de l'extériorisation par la banque de son intention d'être liée, par l'émission d'extraits de compte ou une information par liaison électronique. L'argumentation, séduisante, emporte une mise sur pied d'égalité fonctionnelle de la monnaie scripturale par rapport à la monnaie fiduciaire, sur laquelle nous reviendrons (191).

À partir de cette analyse, nous pouvons examiner plus précisément les relations existant entre les comptes bancaires et la richesse qu'ils contiennent.

Sous-section 2

Comptes bancaires et monnaie scripturale

161. Du dépôt bancaire à la monnaie scripturale. Nous avons vu dans les développements qui précédent que les comptes ouverts auprès des établissements de crédit se distinguent entre eux par les modalités et par leurs fonctions. Si le particularisme du compte courant par rapport aux autres comptes bancaires nous paraît avéré, en raison du crédit dont il est l'instrument, il faut néanmoins convenir fermement que tous ces comptes ont en commun d'être le creuset d'opérations plus ou moins nombreuses, à objectifs variés, sur une richesse identique, traditionnelle-

(189) M. Steennot cite à l'appui de son argumentation une décision du tribunal de commerce du 14 mai 1987, aux termes duquel : « Attendu en outre que le virement est considéré comme un acte 'neutre' de transfert de monnaie scripturale : que la cause de celui-ci — l'opération fondamentale — n'importe pas aux banque chargées de réaliser le transfert ; qu'une fois crédité, le bénéficiaire acquiert sur ces fonds un droit propre et ne doit pas voir l'inscription à son crédit remise en cause par les exceptions que pourrait avoir son banquier à l'égard du donneur d'ordre ou d'un banquier intermédiaire » (Comm. Mons (2e ch.), 14 mai 1987, *R.D.C.*, 1989, pp. 58 et s., avec note M. REGOUT-MASSON).

(190) Dans un sens très proche de M. Steennot, mais sans qu'il soit cité, F. de CLIPPELE et O. GOFFARD, « "Go digital" : het vertrouwen in de e-handel en de juridische kwalificatie van de elektronische betalingsmechanismen — Toetsing van het beginsel van de rechtszekerheid in het rechtsgebied van elektronische betaling aan de hand van de nationale en Europese rechtsbronnen », *op. cit.*, p. 65.

(191) M. Steennot se réfère parfois à l'évidence pour justifier son analyse ; en témoigne cet extrait fondamental de cette dernière : « Het lijdt geen twijfel dat de financiële instelling de wil om zich tegenover de begunstigde te verbinden, moet hebben geuit. Het is derhalve duidelijk dat het niet kan volstaan dat de rekening van de opdrachtgever werd gedebiteerd of de rekening van de financiële instelling van de begunstigde werd gecrediteerd. De creditering van de rekening van de begunstigde volstaat evenmin, voorzover de creditering louter intern in de boekhouding van de financiële instelling tot uitdrukking wordt gebracht. Het is noodzakelijk dat de wil van de financiële instelling wordt veruitwendigd. In de praktijk betekent dit dat de begunstigde kennis moet hebben genomen of minstens hebben kunnen nemen van het beschikbare creditsaldo. Dit kan geschieden door middel van de rekeninguittreksels, evenals langs elektronische weg » (R. STEENNOT, *Elektronisch betalingsverkeer — Een toepassing van de klassieke principes*, p. 125, n° 167).

DBL5151.book Page 246 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

ment dénommée monnaie scripturale (192). L'emploi de cette appellation, que nous avons adoptée par facilité, ne préjuge pas à ce stade de la véritable nature juridique de cet avoir.

Précisément, pour cerner ce que sont, à nos yeux, compte bancaire et avoir en compte (§ 2), étape nécessaire à la juste appréciation des mesures de poursuites à leur égard, nous rappellerons les récents développements qui ont été consacrés à la monnaie scripturale et l'opposerons à un phénomène récemment apparu, à savoir la monnaie électronique (§ 1er).

§ 1. La monnaie scripturale

162. Premier constat. Il tombe sous le sens, écrit M. Winandy à la suite d'une étude plus que trentenaire de M. Rives-Lange (193), « que pour tout un chacun avoir x francs sur son compte en banque n'est pas la même chose que d'avoir une créance de x francs sur une autre entreprise commerciale même si celle-ci est de solvabilité certaine » (194). Et cet auteur de s'interroger sur la question du statut de la monnaie scripturale : cette indéniable réalité économique a-t-elle été reçue par le système juridique belge ?

L'expression « monnaie scripturale » se rencontre en tout cas dans certains textes juridiques. Ainsi, à titre d'exemple, aux termes de l'article 16 de la loi du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire, le capital octroyé par l'opération de crédit doit être mis à la disposition de l'emprunteur « en espèces ou en monnaie scripturale ». Une référence identique se retrouve dans l'article 5 de la loi du 12 avril 1965, tel que modifié par une loi du 27 juin 1986. Enfin, un arrêté royal n° 56 du 10 novembre 1967 se donnait précisément, quant à lui, l'objectif de favoriser l'usage de la monnaie scripturale (195). Au-delà de ces allu-

(192) Il nous plaît de rappeler que c'est un économiste belge, M. Ansiaux, qui est à l'origine de ce terme (Chr. LASSALAS, *L'inscription en compte des valeurs : la notion de propriété scripturale*, *op. cit.*, p. 24, n° 48).

(193) « La solvabilité du banquier confère à la créance que constitue un solde créditeur une sécurité telle qu'elle est assimilée à son objet même, aux fonds auxquels elle donne droit » (J.-L. RIVES-LANGE, « La monnaie scripturale », in *Études de droit commercial à la mémoire de Henry Cabrillac*, 1968, p. 405, note 2).

(194) Ch.-Gh. WINANDY, « La mise en gage de comptes bancaires de comptes titres et de titres dématérialisés », *op. cit.*, p. 154, n 41.

(195) Outre l'article 1er de cet arrêté, qui impose de façon quelque peu surannée aux commerçants la titularité d'un compte bancaire, on relèvera l'article 3 de ce même arrêté, tel que modifié par la loi du 22 mars 1993, aux termes duquel : « Dans les relations entre commerçants agissant dans l'exercice de leur commerce, ceux-ci ne peuvent refuser les paiements ou versements de sommes d'au moins dix mille francs effectués par chèque, barré ou non, ou par virement sur un compte ouvert auprès de La Poste (Postchèque) ou d'un établissement de crédit établi en Belgique, autre qu'une caisse d'épargne communale, régi par la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit. La réception de ces titres de paiement est faite sous réserve de bonne fin, conformément au droit commun ».

DBL5151.book Page 247 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

sions (196), peut-on reconnaître à la monnaie scripturale un véritable statut monétaire ? Une réponse positive s'impose, à en croire l'analyse opérée par une doctrine récente (A) ; une comparaison avec le concept de monnaie électronique nous paraît par ailleurs féconde (B).

A. *Avoir en compte et monnaie scripturale*

163. Définition de la monnaie. Selon MM. Schrans et Steennot, la monnaie est un mécanisme juridique, basé sur une parité réciproque entre différentes unités, où l'unité monétaire légale, outre sa fonction de mesure de valeur, s'exprime en unité de paiement et unité de réserve, lesquelles sont stockées sur des supports matériels et immatériels qui sont destinés au paiement ou à l'épargne (197). Notre recherche étant vouée au droit de l'exécution, il n'est pas question de reprendre ici les nombreux développements qui ont été consacrés au statut juridique de la monnaie (198). Nous nous bornerons à éclairer l'analyse de l'avoir bancaire par certains d'entre eux, que nous estimons particulièrement suggestifs.

164. Créance et monnaie ne sont pas incompatibles : thèse de M. Libchaber. Le compte en banque est un support monétaire, écrit M. Libchaber (199). L'analyse ferme qui sous-tend le constat de l'auteur apporte un démenti à la doctrine traditionnelle, qui refuse de voir de la monnaie au sens juridique dans les unités révélées par le compte bancaire ; en réalité, cette opinion repose selon lui sur un fondement erroné qui assimile encore et toujours la monnaie (métallique et fiduciaire) à un bien, une

(196) On peut également citer la directive européenne n° 2000/46 du Parlement et du Conseil du 18 septembre 2000 concernant l'accès à l'activité des établissements de monnaie électronique et son exercice ainsi que la surveillance prudentielle de ces établissements (*J.O.C.E.* n° L275 du 27 octobre 2000, p. 39).

(197) « Geld is het, op onderlinge pariteit gebaseerde, juridisch mechanisme waarbij de wettige geldeenheid, benevens haar functie als waardemeter, uitgedrukt is in betaaleenheden en reserve-eenheden, welke opslagen zijn in materiële en immateriële dragers (betaalmiddelen) die bestemd zijn om ermee te betalen of te sparen » (G. SCHRANS et R. STEENNOT, *Algemeen deel van het financieel recht*, *op. cit.*, p. 22, n° 26 ; les développements relatifs aux éléments constitutifs de cette définition se trouvent pp. 22 à 70, n^{os} 26 à 79).

(198) Voy. spécialement R. LIBCHABER, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, déjà cité et B. DU LAING, *(Geld)lening en krediet(opening)*, La Charte, 2005, sp. pp. 293 à 369, n^{os} 295 à 381.

(199) « Pour qu'une forme de monnaie soit opératoire, on peut considérer qu'il est nécessaire et suffisant qu'elle conserve des unités de paiement, et que celles-ci puissent être déplacées de patrimoine à patrimoine. La capacité d'un objet à être une monnaie pourrait ainsi être définie par la réunion de ces deux possibilités, l'une de stockage, l'autre de transfert…Le compte est un support monétaire par excellence : il contient des unités de paiement, qui sont captives. Pour les faire sortir du compte et transiter, il faut mettre en œuvre un instrument monétaire, qu'il se nomme chèque, virement ou carte de paiement » (R. LIBCHABER, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, *op. cit.*, p. 73, n° 85 ; voy. aussi p. 78, n° 90) ; dans sa thèse, M. Thunis écrit que le compte est le « siège de la monnaie scripturale » (X. THUNIS, *Responsabilité du banquier et automatisation des paiements*, *op. cit.*, p. 17, n° 10) ; enfin, M. Steennot ne paraît pas contester le caractère réellement monétaire de la monnaie scripturale et des véritables formes de monnaie électronique (R. STEENNOT, *Elektronisch betalingsverkeer — Een toepassing van de klassieke principes*, *op. cit.*, pp. 4 et 5, n^{os} 3 et 4).

DBL5151.book Page 248 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

marchandise, alors qu'elle est irréductible à ces concepts (200). L'auteur fait par ailleurs un sort à la prétendue nécessité de l'intervention de l'État dans la création monétaire : « Le fait que l'État prenne une part active au fonctionnement monétaire ne signifie pas que sans lui, ce fonctionnement serait entravé » (201).

Surtout, l'examen de la ligne de démarcation entre les caractères abstrait de l'unité de valeur et concret de l'unité de paiement est l'occasion pour l'auteur d'une intéressante analyse de la monnaie scripturale : « Si les monnaies fiduciaires ou divisionnaires constituent des supports matériels, ce n'est pas le cas des comptes en banque qui, étant essentiellement des jeux d'écritures, sont incorporels. Cela ne met toutefois pas en cause l'analyse menée. Avec la monnaie scripturale également, le paiement s'analyse comme un transfert d'unités de paiement. La différence entre les deux formes de monnaie est ailleurs. Elle résulte d'une notable économie de moyens dans le second cas : plutôt que d'utiliser des espèces matérielles qui circulent, la monnaie scripturale tient le compte de mouvements qui n'ont pas matériellement eu lieu. Elle mime la circulation de monnaie matérielle pour n'en retenir que les étapes, tenant le registre des mouvements monétaires comme s'ils avaient eu lieu » (202). Bien plus, à côté de ce rôle de « recyclage » de monnaie existante, l'auteur démontre le véritable pouvoir de création monétaire aux institutions bancaires dans le cas d'une ouverture de crédit sans contrepartie préalable (203).

S'opposant à l'étude restée célèbre de M. Rives-Lange (204), M. Libchaber considère que l'analyse du solde du compte en banque

(200) R. LIBCHABER, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, *op. cit.*, p. 72, n° 84 et sp. n^os^ 146 à 172 ; pour l'auteur, la monnaie est un mécanisme où coexistent deux composantes : « une mesure de valeur, d'une part, baptisée unité de valeur, qui permet d'étalonner tous les objets disponibles dans les relations sociales, de les comparer les uns aux autres, enfin de libeller la plupart des dettes de somme d'argent qui ont pour origine la prise en compte de la valeur d'un bien ou d'un service ; un moyen d'extinction des dettes libellées en unités de valeur, d'autre part, nommé ici unité de paiement, qui joue un rôle social de premier plan en permettant la détente des relations sociales par extinction des dettes de somme d'argent » (R. LIBCHABER, *ibid.*, pp. 385 et 386, n° 483).

(201) R. LIBCHABER, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, *op. cit.*, p. 48, n° 57 ; pour s'en tenir aux principes et sans entrer dans le détail de sa critique en règle de la théorie étatique de la monnaie (voy. sp. les n^os^ 69 à 80), l'auteur, partant du caractère essentiellement social du mécanisme monétaire, montre que l'État est le plus à même à imposer un consensus autour d'une unité de paiement qui induira ensuite l'unité de valeur ; il le fera d'autant plus promptement qu'il y a intérêt (pp. 48 et 49, n° 58) ; mais son intervention n'est pas forcément nécessaire et l'auteur de se référer à l'exemple resté célèbre et particulièrement suggestif du thaler (n° 62) ainsi que celui des bons des chambres de commerce émis en France durant la Première Guerre mondiale (n^os^ 64 à 68) ; voy. ég. G. SCHRANS et R. STEENNOT, *Algemeel deel van het financieel recht*, *op. cit.*, p. 29, n° 34.

(202) R. LIBCHABER, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, *op. cit.*, p. 24, n° 23.

(203) R. LIBCHABER, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, *op. cit.*, p. 63 à 65, n° 75.

(204) J.-L. RIVES-LANGE, « La monnaie scripturale », *op. cit.*, p. 405 ; selon M. Libchaber, « M. Rives-Lange a joué un rôle novateur dans la doctrine française, en exposant le premier que les objets qui fonctionnent de façon similaire doivent recevoir une même qualification. Mais si l'intuition est importante, la démonstration ne convainc pas… Selon M. Rives-Lange, pour être une monnaie, les soldes disponibles doivent cesser d'être des créances : l'objet devient ainsi monétaire en raison décroissante de son caractère de créance. Or les relations contraires qui semblent unir créance et monnaie ne sont fondées sur rien » (R. LIBCHABER, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, *op. cit.*, p. 79, n° 92).

DBL5151.book Page 249 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

comme créance n'énerve en rien son caractère de support monétaire (205). Il réfute fermement l'idée contraire, dans la continuité de sa conception de l'unité de paiement, qui n'est qu'un droit subjectif permettant de se libérer d'une dette libellée en unité de valeur ; par ailleurs, « le fait que [le compte bancaire] soit géré par un tiers ne pose aucune difficulté pour la reconnaissance de son caractère patrimonial. Qui nierait qu'une créance entre dans le patrimoine de celui qui la détient ? La détention des unités de paiement du créancier par un banquier n'empêche pas ces unités d'être contenues dans son patrimoine. Ce n'est d'ailleurs qu'à ce titre qu'elles peuvent être saisies[…] La présence d'un tiers a des conséquences dans la mise en jeu sociale des unités, mais aucune quant au caractère monétaire des comptes en banque. Ceux-ci constituent effectivement des supports monétaires parce qu'ils incorporent des unités de paiement, et parce que celles-ci font partie intégrante du patrimoine de leur titulaire » (206). En dépit de cette prise de position tenant pour acquise la qualité de créance du dépôt bancaire, on constate que M. Libchaber procède dans la suite de son ouvrage à une sorte de « réification » (207) de la monnaie scripturale (208).

(205) Comp. et *contra* Fr. Grua, qui estime que le solde disponible est plus qu'une créance de somme d'argent : « ce qui est disponible, dans le solde, ce sont en réalité des espèces du banquier, non une créance sur le banquier » (Fr. GRUA, « Qu'est-ce qu'un compte en banque ? », *op. cit.*, p. 256, n° 11) ; M. Grua est cependant contraint de reconnaître que le solde disponible se réduira cependant à une créance pure et simple en cas de déconfiture de la banque, de saisie de ce solde ou de clôture du compte.

(206) R. LIBCHABER, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, *op. cit.*, p. 81, n° 94 ; voy. ég. p. 156, n° 195 ; il s'agit d'une des rares allusions de M. Libchaber au droit de l'exécution et elle n'est malheureusement pas d'un grand secours pour notre recherche ; loin de déterminer ce qui est monétaire, donc patrimonial et partant susceptible d'être saisi, l'auteur appelle le droit de l'exécution à la rescousse de sa théorie monétaire… ; *adde* X. THUNIS, *Responsabilité du banquier et automatisation des paiements*, *op. cit.*, p. 112, n° 80 : « Quelle que soit la qualification retenue, l'important…est de noter que le titulaire du compte est créancier du banquier » ; MM. de Clippele, Goffart, Buyle et Creplet, quant à eux, n'éprouvent aucune difficulté à évoquer tant la nature monétaire de l'avoir en compte que sa nature de créance (F. de CLIPPELE et O. GOFFARD, « "Go digital" : het vertrouwen in de e-handel en de juridische kwalificatie van de elektronische betalingsmechanismen — Toetsing van het beginsel van de rechtszekerheid in het rechtsgebied van elektronische betaling aan de hand van de nationale en Europese rechtsbronnen », *op. cit.*, pp. 63 à 65 ; J.-P. BUYLE et O. CREPLET, « La responsabilité des gestionnaires des systèmes de paiement électronique, appréciée dans le contexte global de ceux-ci », *eod. loc.*, p. 29, n° 3).

(207) Nous empruntons l'expression au professeur Delnoy (P. DELNOY, « La qualification de la donation par virement », note sous Mons (1re ch.), 20 nov. 1979, *R.C.J.B.*, 1984, pp. 196 et s., sp. p. 210, n° 6).

(208) L'auteur affirme en effet que « si l'on ne considère le client déposant que comme un créancier de la banque, on peut penser qu'en cas de liquidation de celle-ci il doive venir au même rang que d'autres créanciers, créanciers, ceux-là, de l'exploitation bancaire. La situation n'est guère satisfaisante : compte tenu de l'économie générale du rapport bancaire, il serait bien plus convaincant que les déposants passent avant tous les créanciers, pour reprendre les sommes déposées. Cela constituerait sans doute une entrave à la technique juridique : la possession des choses consomptibles est toujours aussi une propriété, puisque l'abusus en est forcément transmis avec l'usus, de telle sorte que le banquier est propriétaire des sommes. Mais cette entrave à la rigueur juridique restaurerait l'économie générale de la situation » ; l'auteur tire argument des interventions législatives tendant à protéger les droits des déposants en cas de déconfiture de l'organisme bancaire : « de la sorte, le système bancaire, dans l'hypothèse d'une faillite de banque, retrouve une cohérence monétaire que le fait de qualifier le déposant de créancier lui ôtait » (R. LIBCHABER, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, *op. cit.*, pp. 161 et 162, n° 204).

DBL5151.book Page 250 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

Aux yeux de l'auteur, un des problèmes cruciaux que pose la monnaie scripturale est la disparité des *instruments monétaires* et de leur régime (209). Dès lors que cette manifestation de la monnaie n'est plus matérialisée sur le support qu'est le billet de banque, des instruments plus sophistiqués que la tradition manuelle s'imposent inéluctablement. C'est précisément entre autres à cause des chèques et cartes de paiement (210) que le caractère monétaire des comptes en banque est contesté dans les faits, car ils donnent à penser que les unités de paiement « ne sont pas immédiatement réutilisables après ce qui est, dans le langage commun, le paiement » (211). Un aspect de crédit vient ainsi polluer l'instrument monétaire. L'auteur met là en exergue un problème, considéré comme inhérent aux instruments monétaires affectés au traitement de la monnaie scripturale et dû aux contraintes techniques (212). Nous y reviendrons par la suite lorsqu'il sera question de l'emprise effective de la saisie et de l'influence des opérations en cours (213). Reprenant à son compte la distinction entre l'exécution d'une obligation et son extinction (214), M. Libchaber résout la difficulté en prônant une « anticipation de paiement », une « présomption simple de paiement » dès la remise du chèque, ce qui alignerait le régime juridique sur le sentiment collectif (215).

165. La monnaie scripturale ne peut être une créance : thèse de Mme Lassalas… Dans sa thèse publiée en 1997, Mme Lassalas entend établir l'existence d'une propriété scripturale en examinant tant la dématérialisation des valeurs mobilières que la monnaie scripturale (216). Nous ne

(209) R. LIBCHABER, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, *op. cit.*, p. 85, n° 101.

(210) On peut également citer le virement, traditionnellement moins usité en France qu'en Belgique.

(211) *ibid.*, p. 86 ; comp. E. WYMEERSCH, « Aspects juridiques de certains nouveaux moyens de paiement », *op. cit.*, pp. 25 et 26, n° 29, qui estime que l'achèvement du virement intervient au moment où « la banque [déclare] se considérer comme liée à tenir les fonds à la disposition du bénéficiaire, et cela sous forme d'avoir scriptural ».

(212) À notre époque, on n'exagérera cependant pas l'importance des entraves techniques, qu'une informatisation toujours plus rapide rend nettement plus ténues.

(213) Voy. *infra*, n^os^ 181 à 184 et 413 à 465.

(214) R. LIBCHABER, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, *op. cit.*, p. 91, n° 109.

(215) Pareille suggestion reste contestée *de lege lata* : Cass. (2^e^ ch.), 30 janv. 2001, *Dr. banc. fin.*, 2001, p. 185 avec note R. STEENNOT, « Het tijdstip van de girale betaling : is de kogel door de kerk ? » ; 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 ; R. STEENNOT, *Elektronisch betalingsverkeer — Een toepassing van de klassieke principes*, *op. cit.*, sp. pp. 218 à 224, n^os^ 315 à 324 ; comp. X. THUNIS, *Reponsabilité du banquier et automatisation des paiements*, *op. cit.*, pp. 79 à 82, n^os^ 53 à 55 ; selon ce dernier auteur, qui relève par ailleurs « un rapprochement des formes monétaires », « que la monnaie scripturale n'ait pas cours légal ne signifie pas qu'elle soit dépourvue de pouvoir libératoire dans les paiements » ; voy. ég. B. DU LAING, *(Geld)lening en krediet(opening)*, *op. cit.*, pp. 301 et 302, n° 303.

(216) 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 ; M. Du Laing pose la question de savoir si la réunion de ces deux avoirs dans une même étude se justifiait, eu égard à leur différence : « Met name is « geld » een gangbaar betaalmiddel en zijn financiële instrumenten die niet » (B. DU LAING, « De bankoverschrijving », *op. cit.*, p. 140, n° 6).

DBL5151.book Page 251 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

retiendrons naturellement ici que les enseignements de l'auteur relativement à ce dernier sujet.

La première partie de la recherche de Mme Lassalas consiste à identifier les différentes valeurs inscrites en compte. Une fois dressé leur inventaire, Mme Lassalas s'attèle à en déterminer la nature juridique. Après avoir « recherché la nature des valeurs inscrites en compte au regard des qualifications traditionnelles des biens » (217), elle estime que « les actifs inscrits en compte méritent la qualification de valeurs individualisées » (218).

Au terme d'une analyse tant économique que juridique, qui emprunte quelquefois à celle de M. Libchaber, Mme Lassalas aboutit à la conclusion que l'avoir en compte est réellement une monnaie (219). L'auteur réserve cependant la qualification de monnaie scripturale au solde disponible : « si le compte peut constituer un support monétaire […], cela n'autoris[e] pas pour autant à affirmer qu'en pratique, tous les comptes tenus par des établissements de crédit représentent des unités monétaires. Le fait que les uns soient « à vue » et les autres « bloqués » ne sera sans doute pas sans conséquences sur le statut qu'il conviendra de reconnaître à leurs soldes. On peut effectivement se demander si des comptes qui n'autorisent pas une disponibilité immédiate sont créateurs de monnaie » (220).

L'auteur critique par ailleurs l'enseignement majoritaire, qu'elle estime intimement lié à l'idée de convertibilité de la monnaie scripturale en monnaie fiduciaire (221), et qui voit dans le solde disponible du compte une créance contre la banque. Selon Mme Lassalas, « les comptes en banque [étant] des réservoirs qui contiennent des unités de paiement scripturales […] le solde ne saurait matérialiser une créance en monnaie contre la banque, car il est impossible d'exiger la restitution d'unités monétaires que l'on détient déjà » (222).

---

(217) Chr. LASSALAS, *L'inscription en compte des valeurs : la notion de propriété scripturale*, *op. cit.*, pp. 84 et 85, n° 234 ; l'exercice se justifie d'autant, selon l'auteur, que « l'inscription en compte s'inscrit difficilement dans le cadre de l'opposition entre les biens corporels et incorporels. Il semble en effet difficile de qualifier les valeurs inscrites en comptes de biens corporels, mais pour autant, il faut souligner que ce ne sont pas des avoirs totalement immatériels. L'inscription en compte suppose donc que l'on reconsidère les notions de "matérialité" et de "corporalité" ».

(218) Chr. LASSALAS, *L'inscription en compte des valeurs : la notion de propriété scripturale*, *op. cit.*, p. 85, n° 237.

(219) Chr. LASSALAS, *L'inscription en compte des valeurs : la notion de propriété scripturale*, *op. cit.*, pp. 23 à 44, n^{os} 42 à 108.

(220) Chr. LASSALAS, *L'inscription en compte des valeurs : la notion de propriété scripturale*, *op. cit.*, p. 34, n° 76 ; nous verrons dans la conclusion de ce chapitre que ce sentiment est partagé par la majorité de la doctrine (*infra*, n° 173).

(221) Chr. LASSALAS, *L'inscription en compte des valeurs : la notion de propriété scripturale*, *op. cit.*, p. 94, n° 266.

(222) Chr. LASSALAS, *L'inscription en compte des valeurs : la notion de propriété scripturale*, *op. cit.*, pp. 95 et 96, n° 270.

DBL5151.book Page 252 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

Aussi estime-t-elle qu'il convient d'écarter la notion de créance contre la banque (223). Pour contrer cette analyse, l'auteur se met à la recherche de la qualification de l'unité monétaire. Celle-ci s'avère un droit personnel incorporel qui, selon l'analyse de M. Libchaber qu'elle fait sienne, n'est rien moins que le droit du débiteur à imposer au créancier qu'il le reçoive en paiement. En d'autres termes, selon l'auteur, l'unité monétaire scripturale est un droit personnel incorporel représentant une valeur individualisée (224).

Dès lors, si nous comprenons bien Mme Lassalas, quoiqu'elle le conteste, la monnaie scripturale reste bien un droit de créance, un droit personnel, étant composée d'un agglomérat d'unités qui en sont. En effet, si nous ne disconvenons pas que la monnaie scripturale n'est pas une simple créance de restitution de monnaie fiduciaire, elle reste néanmoins une créance, à nos yeux. Au demeurant, Mme Lassalas ne conclut pas à autre chose : « Le solde étant une monnaie sous une autre forme que les espèces, il ne peut s'analyser en une créance, sauf à admettre que tel est le cas en raison de la prérogative à laquelle chaque unité de paiement donne droit » (225). Pourtant, l'auteur maintient une analyse du titulaire en tant que propriétaire (226).

166. … et thèse de M. Du Laing. Très récemment encore, des développements ont été consacrés à la nature juridique de l'avoir en compte dans le cadre d'une thèse consacrée à une analyse renouvelée du prêt et de l'ouverture de crédit (227). Son auteur, M. Du Laing, signale en prélude qu'il ne s'agit d'évoquer le statut de la monnaie, spécialement du phénomène de la monnaie scripturale, que dans la mesure où ce thème intéresse au premier chef sa démonstration (228). Il s'est dès lors assigné les tâches de définir ce qu'est la monnaie en droit, de rechercher de

(223) Mais l'auteur écrit auparavant que « personne n'a jamais démontré que l'analyse de la créance excluait tout rôle monétaire » (*ibid.*, p. 27, n° 57, note n° 5).

(224) Chr. LASSALAS, *L'inscription en compte des valeurs : la notion de propriété scripturale*, *op. cit.*, p. 103, n° 299 ; le concept de valeur comme meilleure expression du bien incorporel n'est pas neuf ; voy. déjà R. SAVATIER, « Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels », *Rev. trim. dr. civ.*, 1958, pp. 331 et s., sp. p. 344, n° 28.

(225) Chr. LASSALAS, *L'inscription en compte des valeurs : la notion de propriété scripturale*, *op. cit.*, p. 101, n° 289.

(226) Chr. LASSALAS, *L'inscription en compte des valeurs : la notion de propriété scripturale*, *op. cit.*, pp. 156 à 160, n^{os} 450 à 457 ; *adde* B. DU LAING, *(Geld)lening en krediet(opening)*, *op. cit.*, p. 333, n° 344, qui estime que le titulaire du compte bancaire dont l'établissement de crédit apériteur est en faillite se trouve dans une situation plus comparable à celle du déposant confronté à un dépositaire qui a perdu l'objet du dépôt qu'à celle d'un créancier dont le débiteur est insolvable ; l'auteur concède cependant que la majorité de la doctrine se prononce dans un sens contraire.

(227) B. DU LAING, *(Geld)lening en krediet(opening)*, *op. cit.*, sp. pp. 293 à 359, n^{os} 295 à 366 ; pour des développements plus succincts consacrés à l'avoir en compte, voy. B. DU LAING, « De bankoverschrijving », *op. cit.*, pp. 137 à 143, n^{os} 5 à 9 ; voy. enfin le résumé par l'auteur de sa thèse, au titre éponyme, in *R.W.*, 2004-2005, pp. 961 et s.

(228) B. DU LAING, *(Geld)lening en krediet(opening)*, *op. cit.*, p. 272, n° 279.

DBL5151.book Page 253 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

quelle manière la monnaie fait partie d'un patrimoine (229), et d'envisager, de façon plus dynamique, les relations entre la monnaie et les obligations qui la prennent pour objet (230).

La monnaie scripturale est définie comme une extériorisation réelle, mais immatérielle de la monnaie idéale (231). Aux yeux de l'auteur et à la suite de la thèse précitée de Mme Lassalas, l'explication de la monnaie scripturale comme rapport obligationnel ne peut plus suffire ; seule son observation du point de vue du droit des biens serait satisfaisante (232). En cohérence avec ses précédents développements relatifs au prêt, M. Du Laing estime qu'un bien non-susceptible de propriété ne pourrait entrer en considération dans le cadre d'un tel contrat (233). Le droit pénal et le mécanisme du virement, irréductible à une cession de créance, alimentent l'argumentation de l'auteur. Il affronte ensuite différentes pierres angulaires de la matière, spécialement la revendication de somme d'argent et la question de la compensation avec une éventuelle créance de la banque (234).

Selon M. Du Laing, l'avoir scriptural semble, comme le billet de banque en son temps, en pleine phase de transformation — à moins que

(229) « Hierbij zullen we trachten aan te tonen dat girale geldelijke activa niet alleen geld in de juridische zin van het woord zijn (geworden), maar ook — op een 'niet-overdrachtelijke wijze — in eigendom deel kunnen uitmaken van een vermogen » (B. DU LAING, *(Geld)lening en krediet(opening)*, *op. cit.*, pp. 293 et 294, n° 296).

(230) B. DU LAING, *(Geld)lening en krediet(opening)*, *op. cit.*, p. 294, n° 296.

(231) B. DU LAING, *(Geld)lening en krediet(opening)*, *op. cit.*, pp. 301, 302, 314 et 315, n^{os} 303 et 319 ; le concept de monnaie idéale renvoie à la fonction d'unité de compte tandis que le concept de monnaie réelle renvoie à la fonction de moyen de paiement (*ibid.*, n° 321).

(232) B. DU LAING, *(Geld)lening en krediet(opening)*, *op. cit.*, pp. 320 et 321, n° 328 ; on retrouve assez fréquemment dans la littérature néerlandophone cette analyse à double point de vue des rapports juridiques, « en droit des obligations et en droit des biens » ; malgré sa récurrence dans cette doctrine, nous estimons qu'elle obscurcit plus la réflexion qu'elle ne la sert ; il ne pourrait d'ailleurs en aller autrement puisque cette distinction prend comme point de départ une question de droit — la différence entre droits réel et personnel — qui est à ce point délicate que les plus brillants esprits ont pu, avec une égale force de persuasion, démontrer tantôt la chose tantôt son contraire (voy. *supra*, n° 14, la référence aux écrits de MM. Ginossar et Dabin) ; comp. les propos très justement critiques à l'égard de cette distinction sous la plume de R. FELTKAMP, « De overdracht van schuldvordering in het Belgische recht », *D.A.O.R.*, 2003, n° 68, pp. 30 et s., sp. p. 33, n° 8, note n° 8 ; nous n'estimons pas pour autant qu'une réflexion à ce propos soit inutile ; pour une vision pédagogique des liens croisés entre droit des biens et droit des obligations, voy. la remarquable étude de 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 Charte, 2004, pp. 351 et s.

(233) B. DU LAING, *(Geld)lening en krediet(opening)*, *op. cit.*, p. 324, n° 331.

(234) À ce propos, l'auteur concède qu'il est assez délicat de déduire jusqu'à leur point ultime les conséquences de son analyse prônant un droit de propriété sur la monnaie scripturale, mais fait preuve d'une hardiesse assez rafraîchissante : « Anders gezegd, het lijkt ons weinig correct om voor te houden dat girale geldelijke activa wel schuldvorderingen moeten zijn en blijven, op basis van de enkele overweging dat compensatie met de schuldvorderingen in hoofde van de betrokken financiële instellingen mogelijk moet zijn en blijven. Het lijkt ons vervolgens niet onze taak te zijn om hier te gaan zoeken naar een juridische weg die desalniettemin mogelijk zou maken dat de bankier zich aan het girale geld van zijn cliënten vergrijpt » (B. DU LAING, *(Geld)lening en krediet(opening)*, *op. cit.*, p. 336, n° 348).

DBL5151.book Page 254 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

celle-ci ne soit déjà avérée —, vers un statut autonome de bien. Une qualification univoque de l'avoir monétaire scriptural comme une catégorie autonome de biens meubles incorporels, susceptible de propriété, devrait permettre d'atteindre des solutions juridiques univoques des problèmes que continue à poser la figure du virement (235). Le temps est presque révolu, à ses yeux, où l'on pouvait se borner à évoquer une simple gestion scripturale de la monnaie fiduciaire.

167. Intérêt pratique apparent de la controverse : peut-on revendiquer de la monnaie scripturale ? Arrêtons-nous un instant sur l'une de ces difficultés donnant lieu à des discussions sans fin. Comment pourrait-il être de plus en plus question de revendication de monnaie scripturale, s'interroge M. Du Laing, si cette dernière ne pouvait être objet de propriété (236) ? Effectivement, une frange de la doctrine, au sein de laquelle se trouvent certains auteurs français, plaide pour la reconnaissance d'une revendication des choses fongibles, au départ de deux arrêts de la Cour de cassation de France, l'un du 13 novembre 2001 (237), l'autre du 5 mars 2002 relatif à l'application de l'article 621-122, alinéa 3, du Code de commerce (238). Aux termes de cette disposition telle qu'interprétée par la haute juridiction, une clause de réserve de propriété stipulée sur des choses fongibles permet à son bénéficiaire de récupérer, en cas de défaillance de son partenaire commercial, la propriété d'autres biens fongibles entre les mains de ce dernier, dès lors que ceux-ci sont de même espèce et de même qualité que ceux livrés initialement. Refusant une lecture qui ferait la part trop belle au caractère exceptionnel de l'article 621-122, ancien article 121, alinéa 3, de la loi du 25 janvier 1985 tel que modifié par la loi du 10 juin 1994, une partie de la doctrine plaide, non sans quelque séduction, pour une reconnaissance générale, à certaines conditions, de la revendication à titre de propriété de choses pareilles (239).

Cela étant, personne ne prône une reconnaissance généralisée d'un droit réel sur la monnaie détenue par autrui ; une telle attitude

(235) B. DU LAING, *(Geld)lening en krediet(opening)*, *op. cit.*, pp. 329 et 330, n° 342 ; *adde*, du même auteur, « De bankoverschrijving », *op. cit.*, p. 188, n° 87.

(236) B. DU LAING, *(Geld)lening en krediet(opening)*, *op. cit.*, p. 333, n° 344.

(237) Cass. fr. (com.), 13 nov. 2001, *Bull. civ.*, IV, n° 177, *D.*, 2002, A.J., p. 328 ; cet arrêt permet, sur le fondement de l'article 1956 du Code civil, au bénéficiaire de fonds déposés auprès d'un commerçant en déconfiture d'en obtenir la restitution sans que s'applique à lui la loi du concours.

(238) Cass. (com.), 5 mars 2002, *D.*, 2002, A.J., pp. 1139 et s., avec obs. A. Lienhard ; voy. le commentaire de cet arrêt par Th. REVET, « Propriété et droits réels », *Rev. trim. dr. civ.*, 2002, pp. 327 à 333.

(239) Th. REVET, « Chronique de jurisprudence — Propriété et droits réels », *Rev. trim. dr. civ.*, 2002, pp. 327 à 333, n° 1 ; D.R. MARTIN, « De la revendication des sommes d'argent », *D.*, 2002, Chron., pp. 3.279 et s. ; *contra* X. THUNIS, *Responsabilité du banquier et automatisation des paiements*, *op. cit.*, p. 112, n° 80, not. n° 166.

DBL5151.book Page 255 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

minerait les fondements même de notre droit patrimonial (240). Nous exprimerons notre sentiment à cet égard dans une prochaine section de notre recherche (241), après avoir défini et caractérisé le solde du compte bancaire (242), sans qu'il soit forcément besoin, selon nous, de voir dans la monnaie scripturale autre chose qu'un droit personnel (243).

Quoi qu'il en soit de cette controverse sur la nature du solde créditeur d'un compte bancaire, on constate que les parties qui s'affrontent sont néanmoins unanimes à consacrer le caractère réellement monétaire de la monnaie scripturale. Le contraste en est d'autant plus fort avec le phénomène, plus récent, de la monnaie électronique.

B. *Le concept de monnaie électronique*

168. Origine. La monnaie électronique trouve son origine dans des réflexions prospectives tendant à favoriser le commerce via Internet. Jusque récemment, il s'agissait d'un concept propre au droit européen et aux constructions doctrinales (244). Ainsi, selon la définition qu'en donne la Banque centrale européenne, « il y a monnaie électronique lorsque sont électroniquement stockées sur un support technique (carte à puce ou mémoire d'ordinateur) des unités électroniques, convertibles en unités monétaires, qui peuvent être utilisées aux fins de paiement à des entités autres que l'émetteur » (245). La monnaie électronique a fait son apparition en droit belge par la loi du 25 février 2003 modifiant la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit (246).

(240) C'est la même idée qui inspire à M. Sagaert les propos suivants : « Par les incertitudes qui l'entourent, le principe général de subrogation réelle risque de déstabiliser le système des droits patrimoniaux dans son ensemble. Aussi un tel principe ne peut-il être accepté que s'il est soumis à des conditions strictes » (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. 387, n° 47) ; *adde* la thèse de doctorat du même auteur, *Zakelijke subrogatie*, *op. cit.*, pp. 751 à 755, n^{os} 794 à 798.

(241) Voy. *infra*, n^{os} 304 et s.

(242) Voy. *infra*, n^{os} 171 et s.

(243) *Contra* B. DU LAING, *(Geld)lening en krediet(opening)*, *op. cit.*, pp. 330 à 333, n^{os} 343 et 344.

(244) La doctrine distingue traditionnellement, parmi les supports de monnaie électronique, les cartes « intelligentes » des programmes informatiques réceptacle de « monnaie virtuelle » (A. PRÜM, « Observations introductives au colloque sur les transferts électroniques de fonds », in *Transferts électroniques de fonds — Les paiements par wap*, Bruylant, 2001, pp. 13 et s., sp. p. 19 et 20 ; F. SCHWERER, « Le cadre juridique européen des transferts électroniques de fonds », *ibid.*, p. 53 et 54 ; P. HANSSENS, « Monnaie électronique : perspective de la banque centrale européenne », *ibid.*, pp. 63 et s.).

(245) P. HANSSENS, « Monnaie électronique : perspective de la banque centrale européenne », *op. cit.*, pp. 63 et s., sp. p. 65.

(246) *M.B.*, 7 mars 2003.

DBL5151.book Page 256 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

Entrée en vigueur le jour de sa publication au *Moniteur belge*, soit le 7 mars 2003, cette loi tend (247), aux termes de son article 2, à transposer en droit belge deux directives européennes du 18 septembre 2000 : d'une part, la directive 2000/28/CE du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2000/12/CE concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice (248), d'autre part, la directive 2000/46/CE du Parlement européen et du Conseil concernant l'accès à l'activité des établissements de monnaie électronique et son exercice ainsi que la surveillance prudentielle de ces établissements (249).

169. Une nouvelle catégorie d'établissements de crédit. Cette législation a opéré une distinction nouvelle parmi les établissements de crédit. L'article 1er de la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit, qui en cerne le champ d'application, est désormais rédigé comme suit :

« La présente loi a pour objet de régler, dans un but de protection de l'épargne publique et de bon fonctionnement du système de crédit, l'établissement, l'activité et le contrôle des établissements de crédit opérant en Belgique.

Sont définies comme établissement 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.

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 ».

(247) Pour être complet, nous signalons que le troisième chapitre de la loi du 25 février 2003 se donnait deux autres objectifs ; cette loi a d'abord modifié l'article 64 de la loi du 22 mars 1993 relatif aux caisses d'épargne communales pour en augmenter le champ d'activités ; à titre anecdotique, on remarquera qu'il n'existe plus qu'une seule caisse de ce type en Belgique, la Caisse d'épargne de la ville de Tournai ; en second lieu et sans commune importance avec ce qui précède, l'article 157, § 1er, troisième alinéa de la loi du 22 mars 1993 avait été modifié, essentiellement en vue d'étendre la reconnaissance des conventions de netting auxquelles sont parties des personnes morales de droit public « dans la mesure où (elles) agissent dans le cadre de la gestion de la dette publique » ; pour la justification de cette extension, voy. Projet de loi modifiant la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit, *Doc. parl.*, Ch. repr., n° 50-2122/001, pp. 20 et 21 ; on rappelle que l'ancien premier paragraphe de l'article 157 de la loi du 22 mars 1993 a été abrogé par la loi du 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières (*supra*, n° 130).

(248) *J.O.C.E.* n° L275 du 27 octobre 2000, p. 37.

(249) *J.O.C.E.* n° L275 du 27 octobre 2000, p. 39.

DBL5151.book Page 257 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

Il s'est en effet agi de créer une nouvelle catégorie d'établissements de crédit, dénommés établissements de monnaie électronique (250), et de les assujettir à un contrôle prudentiel limité par l'objet restreint de leur activité (251), tout en permettant une exemption de ce contrôle en faveur de certains d'entre eux (252). Dans cette perspective de surveillance de l'équilibre financier des établissements de monnaie électronique, la Commission bancaire, financière et des assurances a modifié son arrêté du 5 décembre 1995 concernant le règlement relatif aux fonds propres des établissements de crédit. Cette modification a été approuvée par un arrêté ministériel du 8 avril 2003 (253).

170. Nature juridique de la monnaie électronique. Qu'entend-on par l'expression « monnaie électronique » ? Selon le troisième considérant de la directive 2000/46, « la monnaie électronique peut être considérée comme un substitut électronique des pièces et billets de banque qui est stocké sur un support électronique tel qu'une carte à puce ou une mémoire d'ordinateur et qui est généralement destiné à effectuer des paiements électroniques de montants limités ».

Forcément inspirée de la directive, la définition belge de la monnaie électronique se découvre dans l'article 3, § 1er, 7°, de la loi du 22 mars 1993. Aux termes de cette disposition, telle que complétée par la loi du 25 février 2003, il s'agit d'« une valeur monétaire représentant une créance sur l'émetteur, qui est stockée sur un support électronique, est émise contre la remise de fonds et est acceptée comme instrument de paiement par des personnes autres que l'émetteur » (254).

---

(250) Sur le statut de cette catégorie d'établissements de crédit, voy. K.J. WÜRTZ et K.M. LÖBER, « Electronic Money Institutions — A new category of Credit Institutions », *Butterworths Jounal of International Banking and Financial Law*, 2002, pp. 448 et s. ; J.-P. DEGUÉE, « Le statut légal des établissements de monnaie électronique », in *Aspects juridiques du paiement électronique*, t. 2, Kluwer, 2004, pp. 11 à 23 ; l'auteur s'interroge en particulier sur l'application de la loi aux opérateurs en télécommunications et émet le souhait, qui sera probablement réalisé, d'une modification des dispositions européennes dans cette perspective ; sur cette question particulièrement, voy. ég. Th. VERBIEST et E. WÉRY, « Questions choisies liées au M-commerce », *eod. loc.*, pp. 151 et s., sp. pp. 175 à 180.

(251) Voy. A. PRÜM, « Observations introductives au colloque sur les transferts électroniques de fonds », *op. cit.*, p. 25, qui évoque les risques systémiques liés au développement de la figure de la monnaie électronique ; voy. ég. F. SCHWERER, « Le cadre juridique européen des transferts électroniques de fonds », *op. cit.*, pp. 54 et 55 et P. HANSSENS, « Monnaie électronique : perspective de la banque centrale européenne », *op. cit.*, pp. 63 et s.

(252) Voy. les conditions et les limites posées par l'article 2 de la loi du 22 mars 1993, tel que modifié par l'article 4 de la loi du 25 février 2003.

(253) Arrêté ministériel du 8 avril 2003 portant approbation de l'arrêté du 24 février 2003 modifiant l'arrêté de la Commission bancaire et financière du 5 décembre 1995 concernant le règlement relatif aux fonds propres des établissements de crédit (*M.B.*, 25 avr. 2003).

(254) La définition est reprise de la directive 2000/28, sous la réserve que le terme « instrument de paiement » a été préféré à celui de « moyen de paiement » (*Doc. parl.*, Ch. repr., n° 50-2122/001, p. 10) ; les travaux préparatoires sont peu prolixes sur les cas d'applications : « La directive vise ainsi les cartes dites prépayées (*pre-paid cards*) et multifonctionnelles (*multipurpose cards*) dont l'usage n'est donc pas limité auprès de l'émetteur » (*ibid.*, p. 5) ; « À côté des cartes prépayées dont la carte

DBL5151.book Page 258 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

Il ne faut cependant pas se laisser abuser par les mots. Selon les termes des travaux préparatoires eux-mêmes, « en réalité, un établissement de monnaie électronique n'émet pas de la « monnaie », il ne fait que convertir de la monnaie (fiduciaire ou scripturale) contre [*sic*] un *instrument de paiement*, encore appelé moyen de paiement indirect » (255).

Selon l'article 4, alinéa 5, nouveau de la loi du 22 mars 1993, « les fonds remis à des établissements de monnaie électronique en échange de monnaie électronique ne sont pas considérés comme des dépôts ou d'autres fonds remboursables à condition d'être immédiatement échangés contre de la monnaie électronique ». Nous avons évoqué, précédemment, le système belge de protection des dépôts ; retenons simplement que cet article 4, nouveau, abonde dans le sens des travaux préparatoires en déniant à la « monnaie » électronique la protection qui s'attache à la monnaie scripturale, même si l'article 110*bis*, 2, nouveau, apporte une nuance à ce constat dans la stricte perspective de conférer à l'utilisateur une garantie de remboursement (256).

« Proton » constitue un exemple, on souligne que la réglementation en projet est également susceptible de s'appliquer à la monnaie électronique émise et utilisée par voie informatique. L'utilisation de l'outil informatique, que ce soit pour l'acquisition de la monnaie électronique par le client ou pour son utilisation, ne constitue qu'une modalité technique de la monnaie électronique qui ne modifie pas ses caractéristiques juridiques » (*ibid.*, p. 6) ; « il n'y a pas, à ce jour, d'entreprise connue tombant dans le champ d'application du projet » (*ibid.*, p. 7).

(255) *Doc. parl.*, Ch. repr., n° 50-2122/001, p. 12 ; *adde* F. Schwerer, citant la commission des Finances du Sénat français, à propos de la définition européenne de la monnaie électronique : « en l'état, cette définition est inacceptable. D'une manière générale, elle laisse supposer que la monnaie électronique constitue, à elle seule, un nouveau type de monnaie, alors qu'elle n'est que la forme électronique de la monnaie scripturale » (F. SCHWERER, « Le cadre juridique européen des transferts électroniques de fonds », *op. cit.*, p. 52) ; voy. ég. F. de CLIPPELE et O. GOFFARD, « "Go digital" : het vertrouwen in de e-handel en de juridische kwalificatie van de elektronische betalingsmechanismen — Toetsing van het beginsel van de rechtszekerheid in het rechtsgebied van elektronische betaling aan de hand van de nationale en Europese rechtsbronnen », *op. cit.*, p. 63, note n° 15 ; J.-P. DEGUÉE, « Le statut légal des établissements de monnaie électronique », *op. cit.*, p. 16 ; J.-P. BUYLE et O. CREPLET, « La responsabilité des gestionnaires des systèmes de paiement électronique, appréciée dans le contexte global de ceux-ci », *op. cit.*, p. 30, n° 4 ; B. DU LAING, « De bankoverschrijving », *op. cit.*, p. 142, n° 8, not. 40 ; Th. BONNEAU, *Droit bancaire*, *op. cit.*, p. 41, n° 48.

(256) L'article 110*bis*, devenu 110*bis*, 2, de la loi du 22 mars 1993, porte désormais que « pour les besoins du présent titre, la monnaie électronique non encore utilisée ainsi que celle utilisée mais pour laquelle un paiement définitif n'est pas encore intervenu sont assimilées à un dépôt de fonds » ; cette disposition est ainsi commentée : « On relève ici qu'en vue d'encourager le développement de la monnaie électronique, le solde des unités électroniques chargées sur les cartes prépayées émises par une banque est, pour les besoins du système de protection des dépôts et des instruments financiers, assimilé à un dépôt de fonds en vertu du point 9, a) de l'avis du Fonds de protection des dépôts et des instruments (FIF) publié au *Moniteur belge* du 25 février 1999.

Les unités électroniques incorporées sur la carte et non utilisées par le titulaire de celle-ci sont couvertes par le système de protection des dépôts en cas de défaillance de la banque émettrice. Par contre, les unités électroniques déchargées dans les terminaux des commerçants et pour lesquelles un paiement définitif ne serait pas encore intervenu ne sont, à ce jour, pas couvertes par ledit système.

Prenant en compte l'existence de cette assimilation par le FIF, l'article 22 de la loi du 22 mars 1993 prévoyant l'obligation d'adhérer à un système de protection des dépôts est rendu applicable aux établissements de monnaie électronique dans un souci d'alignement des statuts et du niveau de protec-

DBL5151.book Page 259 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

Afin d'accroître plus encore la confiance envers cet instrument (257), les fonds remis contre de la monnaie électronique ne peuvent être inférieurs à la valeur monétaire représentant la créance sur l'émetteur (article *5ter*). Dans la même perspective, l'article *5quater* est ainsi rédigé : « La monnaie électronique non encore utilisée est, pendant sa période de validité, remboursable par virement ou en monnaie fiduciaire par l'établissement émetteur à la demande du porteur de la monnaie électronique. Le contrat régissant l'émission de monnaie électronique doit préciser clairement les conditions de ce remboursement sans que celles-ci ne puissent prévoir d'autres frais que ceux strictement nécessaires à l'opération de remboursement. Le contrat peut prévoir pour le remboursement un montant minimal, qui ne peut être supérieur à 10 euros. Toute clause du contrat limitant le droit au remboursement est nulle ». Il s'agit là, à nos yeux, d'un indice supplémentaire que la monnaie électronique usurpe son nom et qu'elle reste substantiellement inféodée aux monnaies scripturales et fiduciaires.

§ 2. Compte bancaire et avoir en compte

171. Le compte bancaire, creuset d'unités de paiement. À nos yeux, en conclusion des développements qui précédent, le compte ouvert auprès d'un établissement de crédit est le réceptacle d'un avoir à caractère libératoire et ce quelles que soient ses modalités de mobilisation et l'ampleur des services bancaires procédant de la convention qui l'a fait naître. Cette caractéristique se déduit des mécanismes mis en place par le législateur afin d'assurer l'intégrité des flux scripturaux, via une surveillance étroite de l'activité des établissements de crédit, la consécration de l'efficacité vis-à-vis des tiers des règles de fonctionnement des systèmes de règlement et de paiement, la prévention optimale de la défaillance bancaire et la protection des déposants en cas de survenance, malgré tout, de cette dernière (258).

L'avoir en compte est ainsi un agrégat d'unités de paiement, par essence traçables et en principe en transit, dans l'attente de leur affectation. Il connaît néanmoins des formes plus statiques en application des stipulations conventionnelles propres à certains types de comptes. Par

tion. Corrélativement, l'article 110*bis* de la loi du 22 mars 1993 est adapté en vue d'assimiler, pour l'application de la réglementation relative au système de protection des dépôts, la monnaie électronique non utilisée à des dépôts de fonds.

En vue de promouvoir le développement de la monnaie électronique et dans un souci d'égalité, l'assimilation est étendue à la monnaie électronique utilisée mais pour laquelle un paiement définitif n'est pas encore intervenu » (*Doc. parl.*, Ch. repr., n° 50-2122/001, p. 15).

(257) On remarquera qu'au-delà du sentiment de confiance de l'utilisateur, les mesures prescrites par la loi visent plus généralement à préserver l'intégrité même du système monétaire ; à ce sujet, voy. P. HANSSENS, « Monnaie électronique : perspective de la banque centrale européenne », *op. cit.*, pp. 68 à 74.

(258) Sur ces points, voy. *supra*, n^os^ 119 à 142.

DBL5151.book Page 260 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

son mécanisme même, le compte sert des objectifs de fidélisation et de sûreté en faveur de l'établissement de crédit. Enfin, lorsqu'il permet la mise à disposition d'un crédit, comme tel est par essence le cas du compte courant, il arrive que le solde provisoirement révélé par le compte soit négatif. Ces traits caractéristiques appellent quelques commentaires.

172. L'avoir en compte est monétaire… Nous avons constaté que des auteurs comme MM. et Mme Libchaber, Lassalas, Steennot et Du Laing prônent le caractère monétaire de l'avoir en compte bancaire. Tel est également notre sentiment (259). Un compte en banque révèle une prérogative différente de celle déduite d'un droit de propriété portant sur un quelconque autre objet ou d'un droit de créance sur tout un chacun. Elle confère à son titulaire le droit immédiat à disposer d'unités de paiement par la mise en œuvre de services bancaires permettant la circulation de la monnaie scripturale (260). Les spécialistes du droit bancaire ne s'y trompent pas, lorsqu'ils écrivent que la fonction spécifique des organismes de crédit réside dans la circulation monétaire sous la forme scripturale (261).

Si l'objection de l'absence de cours légal de la monnaie scripturale (262), qui ferait de cette dernière une monnaie subsidiaire, a pu paraître embarrassante à certains auteurs (263), elle nous paraît complètement

(259) Voy. ég. la définition du paiement par la Banque des règlements internationaux, citée par MM. Verbiest et Wéry : le paiement est « un transfert de la créance monétaire par le payeur à une partie acceptable au bénéficiaire » (Th. VERBIEST et E. WÉRY, « Questions choisies liées au M-commerce », *op. cit.*, p. 153).

(260) Voy. Th. BONNEAU, *op. cit.*, p. 210, n° 326 et Fr. GRUA, « Qu'est-ce qu'un compte en banque ? », *op. cit.*, p. 255 ; pour ce dernier auteur, le compte en banque est une convention dont l'objet est de simplifier le règlement de créances réciproques, mais qui présente deux particularités : la disponibilité de l'argent qui participe du service de caisse d'une part et l'effet de transfert d'espèces qu'emportent les écritures d'autre part.

(261) « La monnaie scripturale consiste essentiellement en des créances sur des établissements de crédit habilités à recevoir des fonds remboursables de la part du public et qui sont par conséquent soumis à un régime de contrôle prudentiel » (E. WYMEERSCH, « Aspects juridiques de certains nouveaux moyens de paiement », *op. cit.*, p. 19, n° 12) ; « L'intérêt principal du compte en banque pour son titulaire est soit l'utilisation du service de caisse rendu par la banque, service devenu quasi-indispensable en raison du développement de la monnaie scripturale (compte à vue), soit d'effectuer un placement (compte à terme) » (Ch.-Gh. WINANDY, « Les comptes en banque et les intérêts », *op. cit.*, p. 10, n° 1) ; *adde* A. BRUYNEEL et M. FYON, « La loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit », *op. cit.*, p. 567, n° 10, qui voient l'essence de l'activité bancaire dans « la réception de fonds remboursables et l'octroi de crédits pour compte propre ».

(262) « Le billet de banque a depuis longtemps cours légal : cela signifie […] que les particuliers sont tenus de les accepter en payement : le billet a valeur libératoire […] [L]e cours forcé […] entraîne l'inconvertibilité officielle des billets, en suspendant l'obligation de remboursement de la banque émettrice » (C. RENARD, note sous Cass. (1re ch.), 30 oct. 1947, *R.C.J.B.*, 1950, pp. 22 et s., sp. pp. 25 et 26) ; l'auteur relève qu'il arrive que les deux notions soient confondues (*ibid.*, p. 28) ; sur la distinction entre cours légal et cours forcé, voy. les explications limpides de H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, 3e éd., pp. 451 à 461, nos 454 à 461.

(263) Ainsi, M. Libchaber rétorque à cette objection qu'un équivalent au système du cours forcé se met progressivement en place, non seulement dans la réalité des faits mais aussi par un refus du cours légal au-delà d'un certain montant (R. LIBCHABER, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, *op. cit.*, pp. 81 et 82, n° 95) ; en droit belge, voy. les perspectives tracées par E. WYMEERSCH, « Aspects juridiques de certains nouveaux moyens de paiement », *op. cit.*, pp. 20 à 22, nos 13 à 16.

DBL5151.book Page 261 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

dépassée actuellement (264). La monnaie scripturale est en effet devenue indispensable dans la vie quotidienne. À ce propos, M. Swennen note justement que les personnes prioritairement intéressées à la reconnaissance d'un droit au compte bancaire sont celles qui sont amenées à opérer de nombreux paiements, pour des raisons de sécurité et de facilité (265). En d'autres termes, en forçant à peine le trait, l'auteur estime que la demande de la reconnaissance d'un droit au compte bancaire émanait moins des allocataires sociaux que des nombreuses institutions amenées à opérer les paiements.

Pareil constat est exact. M. Swennen invite d'ailleurs le lecteur à consulter une banque de données législatives afin d'obtenir un aperçu des cas où l'utilisation de la monnaie scripturale est exigée (266). En guise d'illustration, il suffira de citer un arrêté royal du 9 mars 2004 portant le paiement par virement des prestations liquidées par l'Office national des pensions (267) ; l'urgence y est motivée par « le fait qu'en vue de réduire le risque d'insécurité lié au transport de fonds et de diminuer les frais administratifs, il est nécessaire de stimuler sans délai le paiement des prestations par virement et ce, non seulement en simplifiant les formalités à remplir et en précisant les modalités de paiement par virement des prestations accordées en faveur des ménages, mais aussi en franchissant le pas vers le payement sur compte en tant que procédure standard ».

Il n'est guère besoin d'insister davantage sur l'importance du compte bancaire dans la vie quotidienne (268). La spécificité de ce rôle trouve sa consécration dans la promulgation de la loi du 24 mars 2003

(264) Voy. J.-P. BUYLE et O. CREPLET, « La responsabilité des gestionnaires des systèmes de paiement électronique, appréciée dans le contexte global de ceux-ci », *op. cit.*, p. 29, n° 3, qui écrivent : « Si [la monnaie scripturale] n'a pas, sauf exceptions, cours légal […], elle s'est toutefois, parallèlement avec les instruments de paiements […] à ce point généralisée qu'on peut lui reconnaître un pouvoir libératoire de fait, aucun commerçant, équipé le cas échéant des moyens techniques *ad hoc*, ne refusant pratiquement plus un paiement sous cette forme » ; *adde* B. DU LAING, « De bankoverschrijving », *op. cit.*, p. 141, n° 7 : « Nochtans kan worden vastgesteld dat 'giraal geld' misschien geen 'echt 'wettig betaalmiddel is, maar ook geen volledig wetteloos betaalmiddel, en dat het alleszins een gangbaar (bevrijdend) betaalmiddel is geworden ».

(265) H. SWENNEN, « Bankrekeningen en bankdeposito's », *op. cit.*, pp. 70 et 71, n° 19.

(266) H. SWENNEN, « Bankrekeningen en bankdeposito's », *op. cit.*, p. 71, n° 19, note n° 40 ; pour d'autres illustrations de la généralisation du paiement scriptural, voy. G. SCHRANS et R. STEENNOT, *Algemeen deel van het financieel recht*, *op. cit.*, pp. 59 à 61, n° 71 ; voy. encore récemment deux arrêtés royaux du 12 juillet 2004, modifiant l'arrêté royal du 30 janvier 2001 portant exécution du Code des sociétés et modifiant l'arrêté royal du 26 juin 2003 relatif à la publicité des actes et documents des associations sans but lucratif et des fondations privées (*M.B.*, 22 juill. 2004), qui régit le mode de paiement des frais de publication au *Moniteur belge*.

(267) *M.B.*, 17 mars 2004.

(268) Voy. Fr. DOMONT-NAERT, « Les paiements sont-ils un service universel de base ? », *Rev. Banque*, 2000, pp. 11 et s. ; le coût de la mise à disposition du compte bancaire et des instruments qui permettent de le mouvementer ne nous concernent pas ici ; sur ce point, voy. L. VAN HOVE, « Zijn betaalmiddelen publieke gooderen ? Over tarifering en overheidsinterventie », *Rev. Banque*, 2000, pp. 15 et s.

DBL5151.book Page 262 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

instaurant un service bancaire de base (269). Il existe désormais un droit à l'obtention d'un compte bancaire et des services minimaux qui en permettent l'utilisation (270). Le recours limité aux prérogatives déduites de cette loi, selon les chiffres avancés par l'Association belge des banques (271), n'entame en rien l'importance du principe. Si un argument supplémentaire était nécessaire, nous constatons que l'avoir en compte est qualifié d'« espèces » par la loi du 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières, ce qui est révélateur du caractère monétaire de cette richesse.

Selon toute vraisemblance d'ailleurs, l'importance de la monnaie scripturale ira croissante, par le développement de moyens de plus en plus sophistiqués permettant sa mobilisation. Nous verrons ultérieurement que le transfert de fonds par voie électronique est un secteur en pleine expansion et que le particulier et l'entreprise, *nolens volens*, y recourront de plus en plus (272). Il est discuté, sous l'égide prometteuse de la Banque nationale de Belgique, que les pouvoirs publics puissent les offrir aux administrés (273). Si, nonobstant un sentiment globalement positif des consommateurs à l'égard de tels modes de paiement, les sondages d'opinion révèlent un attachement à la monnaie fiduciaire (274), certains souhaitent ni plus ni moins que la guerre lui soit déclarée (275).

---

(269) Loi du 24 mars 2003 instaurant un service bancaire de base, *M.B.*, 15 mai 2003, 2e éd. ; très succinctement, cette loi, dont l'entrée en vigueur est intervenue le 1er septembre 2003, impose à tout établissement de crédit de fournir au consommateur qui en fait la demande, pour un forfait ne pouvant excéder 12,62 euros (montant indexé par un A.R. du 7 sept. 2003, *M.B.*, 16 déc. 2005), un service bancaire de base dont la teneur est prévue par l'article 3, §§ 1 et 2, de la loi ; celle-ci crée un Fonds de compensation pour la prestation du service bancaire de base (article 5), afin de compenser le coût des organismes sollicités de fournir ce service de façon disproportionnée par rapport à leur importance économique dans le secteur bancaire belge ; l'article 7 de la loi du 24 mars crée un « organisme indépendant » qui connaîtra des litiges qu'elle suscitera ; enfin, on relève les traditionnelles action en cessation et incriminations pénales (articles 8 à 10) ; en France, dans un même contexte, voy. la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001, dite « loi Murcef » ; sur cette loi, voy. P. BOUTEILLER, « Le nouveau cadre juridique des relations entre les banques et leurs clients », *Contrats., conc., cons.*, mars 2002, pp. 4 et s.

(270) Sur cette loi, voy. H. SWENNEN, « Bankrekeningen en bankdeposito's », *op. cit.*, pp. 70 à 75, nos 19 à 28 ; comp. un aperçu dressé à propos de l'octroi de cartes bancaires : N. RAGHENO, « Octroi de cartes bancaires : dispositions légales relatives à la non-discrimination », in *Aspects juridiques du paiement électronique*, t. 1, Kluwer, 2004, pp. 119 et s.

(271) Le rapport 2004 de l'Association belge des banques fait état, depuis l'entrée en vigueur de la loi, de l'ouverture de 3 000 comptes bancaire de base (Rapport annuel de l'Association belge des banques, 2004, p. 7).

(272) Voy., *infra*, nos 413 et s., nos développements consacrés à l'inflence des opérations en cours sur le solde saisi.

(273) G. QUADEN, « La Banque nationale et l'évolution des moyens de paiement », *Rev. banc. fin.*, 2005, pp. 30 et s., sp. p. 32.

(274) Voy. E. LOIX, R. PEPERMANS et L. VAN HOVE, « De Belgische consumenten over elektronisch betalen : resultaten van een opinieonderzoek », *Rev. banc. fin.*, 2005, pp. 16 et s.

(275) W. DE PLOEY, « Moving to a Cashless Society, Shoud We Wage a 'War on Cash' ? », *Rev. banc. fin.*, 2005, pp. 42 et s., qui préconise expressément la substitution de la monnaie fiduciaire ; voy. ég. L. VANDEWALLE, « Electronic Funds Transfer. La vision des banques belges — De visie van de Belgische banken », *Rev. banc. fin.*, 2005, pp. 34 et s. ; relevons qu'au-delà des considérations d'intérêt économique général qui justifient la réduction des transactions en monnaie fiduciaire, la recherche du profit n'est certainement pas absente des débats : selon deux représentants du leader mondial dans le secteur des réseaux, « today, a typical retail bank derives 30 to 50 % of its revenue from payement-related services such as credit cards, charge cards, and balance transfer services » (W. ELFRINK et J.-M. GOTTERO, « The Future of Banking in the Internet Economy », *Rev. dr. fin.*, 2005, pp. 56 et s., sp. p. 56).

DBL5151.book Page 263 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

Bref, l'absence de la reconnaissance expresse, par la loi du 23 décembre 1988, d'un cours légal à la monnaie scripturale ne nous paraît pas de nature à contester le caractère monétaire de l'avoir en compte. En 1986, M. Bruyneel écrivait : « Le terme normal de l'évolution — dans les années 1990 probablement — sera constitué par la généralisation du « telelink » à domicile, des cartes à mémoire, des terminaux points de vente et des débits/crédits instantanés et simultanés en comptes. Ce jour-là, le droit des payements devra être entièrement reconstruit » (276). Ce jour est arrivé et qu'importe l'inadaptation formelle des textes au regard des nombreuses interventions du législateur qui impose le recours au paiement scriptural. Depuis 2003, la possibilité d'y recourir devient un droit pour le débiteur, toujours sanctionné par ce même législateur. L'établissement de crédit est devenu, comme le constate M. Bonneau, le point de passage presque obligé de tous les transferts de fonds (277).

173. …quel que soit le compte qui le révèle. La reconnaissance généralisée, que nous prônons, d'un caractère monétaire à l'avoir en compte pourra surprendre. En effet, selon Mme Lassalas, « ne constituent pas de la monnaie scripturale, les fonds inscrits sur un compte à terme ou […] les fonds dont le remboursement est subordonné à un préavis. Et il n'est pas davantage question de prétendre que les soldes des comptes sur livrets constituent de la monnaie stricto sensu » (278). La plupart des auteurs se prononcent en ce sens et subordonnent le caractère monétaire du solde positif à son immédiate disponibilité (279).

Cette position n'est pas vraiment convaincante. Tout d'abord, la disponibilité des unités de paiements est éminemment relative. Ainsi, si un compte épargne ne tolère pas le service de caisse, il suffit d'opérer un virement des unités monétaires contenues sur ce compte vers un compte

(276) A. BRUYNEEL, « Le virement », in *La banque dans la vie quotidienne*, Jeune Barreau de Bruxelles, 1986, pp. 345 et s., sp. p. 353, n° 3 ; *adde* D.R. MARTIN, « La théorie de la scripturalisation », *D.*, 2005, Chron., pp. 1702 et s., selon qui « la révolution monétaire, par passage d'un état fiduciaire à un état scriptural, fut une révolution de velours ».

(277) Th. BONNEAU, *Droit bancaire*, *op. cit.*, p. 299, n° 425 ; voy. ég. 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 ; sur les revendications de type consumériste quant à la gratuité de certaines opérations bancaires, voy. l'interpellation de M. B. Schoofs à la ministre de l'Environnement, de la Protection de la consommation et du Développement durable sur « la gratuité des opérations de retrait », *C.R.A.*, Ch. repr., 51/COM277, 1er juin 2004.

(278) C. LASSALAS, *L'inscription en compte des valeurs : la notion de propriété scripturale*, *op. cit.*, pp. 42 et 43, n° 101.

(279) G. SCHRANS et R. STEENNOT, *Algemeen deel van het financieel recht*, *op. cit.*, p. 47, n° 59 : « Met de term giraal geld […] worden beschikbare tegoeden op een geldrekening bedoeld » ; *adde ibid.*, pp. 48 à 50, n° 60 ; dans ce dernier passage cependant, les auteurs nous paraissent succomber à une confusion entre le délai de mobilisation de l'avoir scriptural et le délai de paiement du rapport sous-jacent ; B. DU LAING, *(Geld)lening en krediet(opening)*, *op. cit.*, pp. 315, 336 et 337, nos 319 et 349 ; B. DU LAING, « De Bankoverschrijving », *op. cit.*, p. 137, n° 5, note subpaginale n° 15 et les nombreuses références citées.

DBL5151.book Page 264 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

à vue pour jouir quasi immédiatement de leur disponibilité et effectuer diverses opérations. Quant au compte de dépôt à terme, MM. Schrans et Steennot constatent que le solde qu'il représente est « presque aussi liquide que celui d'un compte à vue » (280). Ensuite, le Fonds de protection des dépôts et des instruments financiers protège indistinctement tous les « dépôts de fonds libellés en euros ou en unités monétaires notionale d'un État membre de la Communauté européenne » (art. 9 de l'avis relatif au système de protection des dépôts et des instruments financiers). Enfin, une analogie nous paraît permise avec la monnaie fiduciaire : nul n'a jamais nié le caractère monétaire aux espèces contenues dans le bas de laine. On ne voit pas pourquoi l'immobilisation temporaire — et relative — de monnaie scripturale sur un compte à terme ou un compte la priverait de cette qualité, qui relève de son essence.

174. L'avoir en compte est une créance. Nous avons insisté sur la controverse, qui se maintient en doctrine, quant à la nature juridique de l'avoir en compte. S'agit-il d'une créance ? Nous le pensons, en compagnie d'autres auteurs (281), sans qu'il soit question pour nous de prétendre qu'il s'agisse simplement d'une créance de restitution de monnaie fiduciaire, qui en serait le « substrat » (282). De plus, ainsi qu'on l'a déjà souligné, la réglementation relative à la protection des déposants fait référence à une créance pour désigner l'avoir en compte (283).

Au demeurant, ne peut-on pas apaiser la polémique en constatant que le titulaire du compte est incontestablement titulaire — propriétaire, si l'on veut (284) — d'unités de paiements dans ce réservoir qu'est le

(280) « Giraal geld […] is voor het voeren van het monetair beleid samengesteld uit de saldi van zichtdeposito's bij kredietinstellingen : tegoeden op rekening waarover de houder steeds kan beschikken, inclusief deposito's op minder dan 30 dagen. Omdat kredietinstellingen in de regel bereid zijn gelden die op termijn zijn belegd, mits vergoeding, onmiddelijk terug te betalen, is een gelddeposito op termijn bijna even liquide als een op zicht » (G. SCHRANS et R. STEENNOT, *Algemeen deel van het financieel recht*, *op. cit.*, p. 4, n° 6).

(281) Voy. ainsi V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Intersentia, 2003, pp. 336 et 337, n° 367 ; D. PATART, « Acompte et garantie : quelques réflexions sur le transfert d'une somme d'argent dans la phase préliminaire de la vente d'immeuble », *R.G.D.C.*, 2003, pp. 193 et s., sp. p. 193, n° 2 ; M.-E. STORME, « Minnelijk kantonneren : een perfect geldige delegatie », *T.P.R.*, 2003, pp. 1299 et s., sp. p. 1300, n° 2 ; E. CHVIKA, *Droit privé et procédures collectives*, *op. cit.*, p. 121, n° 129.

(282) B. DU LAING, *(Geld)lening en krediet(opening)*, *op. cit.*, pp. 330 à 332 et 336 et 337, nos 343 et 349.

(283) Voy. *supra*, nos 141 et 142.

(284) Quant au concept de propriété du droit de créance, M. Duclos écrit : « C'est d'abord l'opportunité de ce concept lui-même qui est contestable. Il n'ajoute rien à la notion traditionnelle de droit patrimonial ; la possibilité de disposer caractérise les droits patrimoniaux, et personne n'a jamais douté que la créance constitue un bien inscrit à l'actif du patrimoine de son titulaire. Sans doute, peut-on estimer que cet aspect serait plus clairement exprimé, si au concept de titularité on substituait celui de propriété. Cependant, en l'espèce, le mieux est l'ennemi du bien. Car, non seulement la notion de propriété est vidée de son sens du fait de cette extension, mais encore la spécificité du droit de créance exige de réintroduire l'idée de rapport interpersonnel pour déterminer les pouvoirs du créancier » (J. DUCLOS, *L'opposabilité (Essai d'une théorie générale)*, *op. cit.*, p. 204, n° 176).

DBL5151.book Page 265 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

compte [285] ? La loi du 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières nous paraît pouvoir être invoquée en ce sens, bien qu'elle n'ait pas voulu trancher la controverse [286], puisqu'elle définit principalement les « espèces » comme « les droits découlant de fonds portés en compte quelle qu'en soit la devise ». Ces derniers ne sont rien d'autres que les unités de paiement présentes sur le compte ; l'unité de paiement étant un avoir incorporel, elle reste fragile car tributaire de la capacité de l'établissement de crédit à le fournir [287].

175. L'avoir en compte présente une inhérente traçabilité. Les unités de paiements révélées par le solde positif d'un compte en banque laissent des traces [288]. Les valeurs en compte sont individualisées, insiste Mme Lassalas dans sa thèse [289]. Signe de l'importance du sujet, M. Stoufflet, dans la préface à cette recherche, le met en exergue : le compte qui contient les valeurs assure leur identification [290].

On ne peut faire mieux que reproduire à ce propos un extrait de l'étude, déjà abondamment citée, de M. Grua : « Les espèces, face au droit, sont comme l'amour ou l'enfant de Bohème : la répulsion est immédiate et réciproque. Dostoïevski a dit que l'argent, c'est la liberté frappée. Donc le non-droit. Les espèces s'y réfugient d'autant mieux qu'elles ne sont pas des biens, qu'elles ne sont rien. La régularité et la moralité n'y trouvent pas toujours leur compte, mais c'est pareil pour toutes les libertés […] Les avoirs en banque n'ont pas ce charme anarchique. Ils sont du droit, puisqu'ils sont créances. Contrairement aux espèces, qui ne sont pas faites pour être individualisées, et même faites

(285) Voy. G. SCHRANS et R. STEENNOT, *Algemeen deel van het financieel recht*, *op. cit.*, p. 42, n° 51 qui écrivent, à propos des moyens de paiement : « Zij sluiten dit proces af, door materiële en immateriële dragers ter hand te stellen om betaaleenheden in een vermogen (als voorwerp van eigendom of van een schuldvordering) op te slaan…en naar een ander vermogen over te maken » (nous soulignons) ; voy. ég. *ibid.*, p. 50, n° 61.

(286) « S'agissant des espèces, la loi les définit comme des fonds portés en compte. Plus exactement, il s'agit 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 créance de sommes. La définition exclut en tout cas la monnaie fiduciaire » (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. 159, n° 8).

(287) En tout état de cause, cette controverse si la monnaie scripturale est créance ou objet de propriété est assez stérile pour notre propos ; jamais l'application de la figure de la saisie-arrêt n'a été contestée pour appréhender l'avoir en compte ; par ailleurs, comme nous l'avons vu dans la première partie de notre recherche, une vision classique de cet instrument de poursuite lui confère un objet bicéphale : soit une créance, soit des effets à restituer, en sorte que la saisie-arrêt serait de toutes façons d'application (voy. *supra*, n^{os} 19 et s.).

(288) G. SCHRANS et R. STEENNOT, *Algemeen deel van het financieel recht*, *op. cit.*, p. 57, n° 70 ; B. DU LAING, *(Geld)lening en krediet(opening)*, *op. cit.*, p. 331, n° 343.

(289) Ch. LASSALAS, *L'inscription en compte des valeurs : la notion de propriété scripturale*, *op. cit.*, p. 85, n° 236 et pp. 114 à 115, n° 333 à 336.

(290) J. STOUFFLET, Préface à Ch. LASSALAS, *L'inscription en compte des valeurs : la notion de propriété scripturale*, *op. cit.*, p. viii.

DBL5151.book Page 266 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

pour ne pas l'être, les avoirs le sont nécessairement sous leur forme d'écritures. On les suit à la trace dans le dédale des comptes. On décèle leur origine et leur destination. L'œil des autres, et leur nez, s'y insinuent aisément. Ils sont congénitalement sujets aux contrôles étatiques. Ils obligent à rendre des comptes. Bref, la liberté de Dostoïevski se laisse mal déposer en banque » (291).

Un arrêt de la Cour de cassation du 1er octobre 2004 constitue une merveilleuse illustration de cet enseignement : par son investigation auprès de Banksys, l'administration fiscale a pu déceler que des recettes d'une société en nom collectif avaient été versées non pas sur le compte de celle-ci, mais sur le compte de son gérant (292). Avant de proposer ses réflexions sur le statut de Banksys et sur la portée du « secret bancaire » à l'égard du fisc (293), l'annotateur de cet arrêt écrit : « La fraude commise apparaît patente et totalement répréhensible. Il n'est cependant pas contestable que, si le gérant avait apporté la recette à la banque sous forme de sacs d'écus et l'avait versée en partie sur son compte personnel, l'administration n'aurait pu chercher à le découvrir en inspectant les livres de la banque ». Où l'on voit donc que par la technique que sa circulation nécessite, la monnaie scripturale est rétive à la discrétion.

La traçabilité de la monnaie scripturale se manifeste également dans le droit des régimes matrimoniaux. En vertu de l'article 1409 du Code civil, le payement d'une dette propre à l'un des époux peut être poursuivi sur biens propres et sur ses revenus, sans préjudice de dérogations que le Code précise ultérieurement. Par cette disposition, le Code civil évite que le mariage devienne le moyen, pour un époux, de devenir insolvable (294). Les revenus d'un époux restent le gage de ses créanciers personnels nonobstant leur caractère commun. Mais s'ils perdent leur qualité de revenus pour devenir des acquêts, leur nature de biens communs devient pleine et entière. Seul le maintien de l'individualisation permet d'éviter cela (295).

(291) Fr. GRUA, « Le dépôt de monnaie en banque », *op. cit.*, p. 261, n° 15.

(292) Cass. (1re ch.), 1er oct. 2004, *R.D.C.*, 2005, pp. 288 et s., avec note critique Ph. MALHERBE, « Le secret bancaire fiscal dans la société de l'information » ; sur cette question, voy. ég. F. de CLIPPELE, « De elektronische betaling beschermd tegen de inzage door de fiscus ? », *R.W.*, 2002-2003, pp. 7 et s.

(293) Nous évoquerons ultérieurement ces deux sujets : voy. *infra*, nos 195 et 422 et s.

(294) « Eens de « inkomsten » « aanwinsten » worden, ontsnappen zij immers aan het verhaalsrecht van voormelde schuldeisers. Dit is het geval zodra de inkomsten niet meer op een zichtrekening van de echtgenoot-rekeninghouder geïndividualiseerd zijn, m.a.w. zodra ze zich vermengen met andere gemeenschappelijke gelden » (S. MOSSELMANS, « Het huwelijksvermogensrechtelijk statuut van gelden gedeponeerd op een bankrekening », *N.F.M.*, 1997, pp. 249 et s., sp. p. 269, n° 49) ; E. BEGUIN, « Le passif », in « Les régimes matrimoniaux », *Rép. not.*, t. V, l. II, Larcier, 2001, pp. 739 et s., sp. p. 758, n° 820.

(295) S. MOSSELMANS, « Het huwelijksvermogensrechtelijk statuut van gelden gedeponeerd op een bankrekening », *op. cit.*, p. 269, n° 49.

DBL5151.book Page 267 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

La doctrine s'est également attachée au sort de fonds provenant de la vente d'un bien propre versé sur le compte commun du ménage. Le problème, aux multiples implications, naît de la confusion d'argent d'origine propre avec les fonds communs. À nouveau, une individualisation comptable permet, selon M. Leleu, de conserver un caractère propre à la monnaie scripturale : « La présomption de communauté qui s'applique à la masse des fonds confondus peut-elle être renversée à l'égard d'une partie de celle-ci ? Si l'on applique à la lettre les principes qui président au fonctionnement des comptes bancaires et à la preuve de la propriété des choses fongibles, une réponse négative s'impose…Certains auteurs défendent une interprétation plus souple. M. Baeteman considère qu'un dépôt d'argent propre sur un compte bancaire crée seulement un *risque de confusion* et que la perte du caractère propre des fonds doit résulter d'une démarche intentionnelle de l'époux. Selon l'auteur, la preuve de l'absence de confusion est rapportée par toutes voies de droit entre époux, notamment par l'individualisation comptable, documents bancaires à l'appui, de l'accroissement du compte ou du dépôt à une date déterminée. À notre avis, la confusion des fonds se produit dès le versement de l'argent propre sur un compte contenant déjà des fonds communs, ou lors du versement ultérieur d'argent commun sur un compte contenant des fonds propres. Cette confusion, techniquement irréversible, n'exclut pas par elle-même le renversement de la présomption de communauté à l'égard de tout ou partie des fonds confondus. La preuve du caractère propre d'un bien, même fongible, suppose cependant sa *présence* dans le patrimoine conjugal…En conséquence, nous estimons que l'individualisation des fonds prétendus propres n'est pas réalisée par la seule preuve de leur dépôt sur le compte…Assurément, l'exigence d'individualisation des fonds rend délicate la preuve de leur propriété personnelle. On conseillera donc à l'époux propriétaire d'éviter *a priori* une confusion irréversible de ses fonds propres, par exemple en les versant sur un compte personnel et alimenté uniquement par eux » (296).

Ce trait essentiel de la monnaie scripturale ne reste pas sans conséquence sur sa saisie, comme nous le verrons ultérieurement (297).

176. L'avoir en compte est une réalité souvent fluctuante. La monnaie, dont l'avoir en compte bancaire est une des représentations concrètes, « est faite pour circuler », écrit Mme Lassalas (298). La fluidité est

(296) Y.-H. LELEU, « La propriété de l'argent dans les régimes matrimoniaux en communauté », *Rev. trim. dr. fam.*, 1998, pp. 401 et s., sp. pp. 402 à 408, nos 3, 4, 6, 7 et 11.

(297) Voy. *infra*, nos 278 et s.

(298) Ch. LASSALAS, *L'inscription en compte des valeurs : la notion de propriété scripturale*, *op. cit.*, p. 29, n° 65 ; l'auteur relève fort à propos que « la multiplication des procédés de mobilisation des soldes bancaires a également contribué à l'existence de la monnaie scripturale » (*ibid.*, p. 42, n° 101).

DBL5151.book Page 268 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

une caractéristique fondamentale de la monnaie (299). Il n'est donc pas étonnant que le solde révélé par le compte bancaire soit soumis à d'incessantes variations, au gré de son alimentation par son titulaire ou par des tiers et de l'affectation des unités de paiements à la satisfaction de divers besoins (300). Si, d'aventure, le solde connaît moins de variations, c'est que le compte est utilisé dans une perspective à moyen ou à long terme : accumulation d'épargne, isolement d'une somme en attente de destination, etc. Quitte à nous répéter, nous ne voyons pas dans l'éventuelle indisponibilité qui en résulterait pour le titulaire du compte une raison pour refuser à un tel avoir en banque les traits généraux de la monnaie scripturale.

177. Le compte a un effet de sûreté. Le fait que le compte a un effet de sûreté a déjà été évoqué (301). Nous estimons utile d'y revenir. Le fonctionnement du compte, par son mécanisme novatoire ou compensatoire, promeut fidélité et sécurité au profit de l'établissement de crédit (302). La liberté contractuelle des parties justifie sans nul doute qu'il en soit ainsi. Il nous faudra cependant déterminer, dans la suite de nos développements, si cet effet de sûreté peut prospérer comme tel lorsque des poursuites sont exercées par des créanciers sur l'avoir en compte (303).

178. Le solde négatif du compte. Qu'il soit occasionnel, comme tel est le cas lorsqu'une banque accepte un ordre permanent ou un paiement opéré par carte électronique malgré un solde créditeur insuffisant, ou répété, comme tel est le cas lorsqu'il s'agit d'un véritable compte courant (304), la nature du solde négatif a évidemment retenu l'attention de la doctrine. M. Du Laing y voit traditionnellement une créance de la banque vis-à-vis de son client (305). Une autre manière de considérer le solde débiteur maintient le compte comme réservoir de monnaie scripturale : « Le solde créditeur d'un compte est un stock dont le client

(299) C. RENARD, note sous Cass. (1re ch.), 30 oct. 1947, *op. cit.*, sp. pp. 33 et 43 ; c'est un des arguments qui convainquit l'auteur de contester la possibilité de revendiquer des billets de banque.

(300) « La mobilité, voire la volatilité des avoirs bancaires…sont des difficultés qui sont inhérentes au fonctionnement d'un compte bancaire » (K.D. KERAMEUS, « Rapport de synthèse », in *L'aménagement du droit de l'exécution dans l'espace communautaire — Bientôt les premiers instruments*, Éditions juridiques et techniques, Collection Passerelle, 2003, pp. 273 et s., sp. p. 279).

(301) Voy. *supra*, n° 149.

(302) Voy. les considérations de Th. BONNEAU, *Droit bancaire*, *op. cit.*, pp. 211 et 212, n° 327.

(303) Voy. *infra*, nos 374 et s.

(304) Voy. *supra*, n° 152.

(305) B. DU LAING, *(Geld)lening en krediet(opening)*, *op. cit.*, p. 353, n° 361 : « Daar waar vrij beschikbare positieve saldi van rekeningen bij financiële instellingen zoals we zagen immers ontegensprekelijk geld zijn geworden, blijven negatieve saldi schuldvorderingen van deze financiële instellingen op hun cliënten veruitwendigen » ; voy. ég. L. CORNELIS et H. GILLIAMS, « Goede rekeningen maken goede vrienden : over de ware aard van (al dan niet elektronische) betalingen », in *Aspects juridiques du paiement électronique*, Kluwer, 2004, t. 2, p. 67, n° 14.

DBL5151.book Page 269 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

pouvait disposer. Le solde débiteur est un stock dont le client a disposé et qu'il lui faut reconstituer s'il veut l'utiliser à nouveau » (306).

Cette analyse pose néanmoins problème. Ainsi, lors de ses développements relatifs à la possession des valeurs incorporelles, Mme Lassalas est contrainte de prôner un comportement que jamais, en pratique, les établissements de crédit n'adopteront : « Le solde débiteur d'un compte en banque signifie qu'un découvert bancaire a été accordé. Il correspond à l'utilisation d'un stock de monnaie et suppose une reconstitution ultérieure. Un résultat similaire serait donc obtenu si la banque avait avancé la même quantité de monnaie scripturale. Mais cette solution aurait le mérite de ne laisser apparaître que des soldes créditeurs. Pour une meilleure analyse juridique des effets attachés à l'écriture en compte, il serait donc préférable d'abandonner la pratique des découverts et de lui préférer celle des avances. Alors, l'inscription au crédit s'avérerait constituer le seul mode de possession des valeurs scripturales » (307).

Il se déduit de ces propos une indéniable parenté, en tout cas économique, entre la mise à disposition de monnaie scripturale via le solde créditeur d'un compte et la fourniture d'une ressource identique par le débit de ce même compte pour le porter à un degré négatif. Lorsqu'il sera question de déterminer l'effet de la saisie opérée entre les mains d'un établissement de crédit, nous examinerons quelle conséquence le système juridique attache à la mesure de poursuite lorsque le compte affiche un tel solde (308).

(306) P. DIDIER, cité par Ch. LASSALAS, *L'inscription en compte des valeurs : la notion de propriété scripturale*, *op. cit.*, p. 26, n° 54, note n° 6.

(307) Ch. LASSALAS, *L'inscription en compte des valeurs : la notion de propriété scripturale*, *op. cit.*, p. 195, n° 571.

(308) Voy. *infra*, n^os^ 366 et s.

DBL5151.book Page 270 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

DBL5151.book Page 271 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

CHAPITRE 2

SINGULARITÉS DES POURSUITES SUR LA MONNAIE SCRIPTURALE

179. Plan du chapitre. Nous l'avons déjà souligné en termes d'introduction : le droit du recouvrement doit s'adapter à ses différentes cibles, en fonction de leur nature et de leurs caractéristiques propres (309). Les mesures conservatoires et les voies d'exécution qui se donnent un compte bancaire en ligne de mire n'échappent pas à la règle. Des traits singuliers de la monnaie scripturale que nous avons décrits dans notre précédent chapitre, découlent tout d'abord des principes qui doivent présider aux poursuites (section I). Par ailleurs, des particularités, qui peuvent être regardées, d'une certaine manière, comme des obstacles à ces poursuites ne peuvent être gardées sous silence (section II).

SECTION I

Principes applicables à la saisie des comptes

180. Plan de la section. L'examen de l'objet de la saisie lorsque le créancier entend appréhender la monnaie scripturale détenue par son débiteur auprès d'un établissement de crédit met à jour deux interrogations. Le compte lui-même est-il l'objet de la mesure de recouvrement (sous-section I) ? Par ailleurs, dans l'examen de la question, faut-il réunir comptes ordinaires et comptes courants (sous-section II) ?

Sous-section I

Le compte n'est pas l'objet des poursuites

181. Question en débat. Que saisit-on concrètement ? La créance que révèle le crédit du compte ou le compte lui-même (310) ? Une reformulation plus précise de la question s'impose. En effet, à proprement parler, on ne saisit jamais un compte ; ce concept désigne en effet soit la con-

(309) Voy. *supra*, n° 11.

(310) Voy. R. PERROT et Ph. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, *op. cit.*, p. 416, n° 401 : « La saisie englobe l'ensemble des comptes dont le débiteur est titulaire (art. R. 74) ou, si l'on préfère, l'ensemble des soldes créditeurs ».

DBL5151.book Page 272 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

vention intervenue entre l'organisme de crédit et son client, soit l'objet de cette convention (311). Dès lors, en des termes mieux choisis, la saisie cliche-t-elle le solde au moment de sa signification, sous la nuance d'un ajustement limité dû à la liquidation des opérations dites « en cours » à ce moment ou, au contraire, ce solde peut-il être augmenté des remises en compte postérieures à la saisie qui, tout en n'étant pas issues d'opérations en cours, étaient prévisibles, tels, par exemple, les versements récurrents de rémunérations ou d'allocations sociales (312) ?

Il s'agit là d'une controverse qui oppose la quasi-totalité de la doctrine et de la jurisprudence, tant belge que française, à M. le doyen de Leval (313), rejoint en 1997 par Mme Houssa (314).

182. Thèses en présence. Selon l'opinion majoritaire, une saisie d'un compte intercepte en réalité le solde créditeur tel qu'il apparaît au moment de la saisie (315). Seul le solde créditeur — certes dans sa totalité,

(311) Ces deux hypothèses ne rencontrent pas le prescrit des articles 1445 et 1539 du Code judiciaire, qui déterminent les biens susceptibles de saisie-arrêt ; relevons pour le surplus que s'il s'agit plutôt de signifier que la totalité des sommes versées sur le compte postérieurement à la saisie tomberaient sous le coup de celle-ci, cette position ne nous paraît jamais avoir été soutenue en tant que telle.

(312) Sans préjudice du report d'insaisissabilité sur les sommes versées en compte, en application des dispositions du chapitre premier du titre II de la loi du 27 décembre 2005 portant des dispositions diverses (*M.B.*, 30 déc. 2005, 2e éd.) ; cette loi abroge la loi du 14 juin 2004 relative à l'insaisissabilité et à l'incessibilité des montants prévus aux articles 1409, 1409*bis* et 1410 du Code judiciaire lorsque ces montants sont crédités sur un compte à vue (*M.B.*, 2 juillet 2004, 2e éd.), tout en en reprenant l'essentiel de la substance ; sur ce point, voy. *infra*, nos 279 et s.

(313) G. de LEVAL, *Traité des saisies*, *op. cit.*, sp. pp. 614 à 616.

(314) C. HOUSSA, « La saisie-arrêt en matière bancaire », *op. cit.*, p. 79 ; notons qu'une seconde version légèrement remaniée de cette étude est parue in *Formation permanente des huissiers de justice*, Story-Scientia, 1999, pp. 1 à 52 ; l'auteur, après avoir repris la définition que donnent MM. Herinckx et Léonard de l'opération en cours, écrit : « selon nous, les versements des salaires rencontrent sans aucun doute cette définition de l'opération en cours. N'y a-t-il pas un certain artifice à considérer le compte comme un ensemble totalement autonome des autres relations juridiques qui se situent en amont ou en aval du passage par le compte ? Qu'est donc le compte si ce n'est le lieu où se règlent les créances que le débiteur saisi a à l'égard de tierces personnes. Lorsque ces créances ont, au moment de la saisie-arrêt du compte, une vocation à y être versées, ne peuvent-elles alors être considérées comme des créances éventuelles, faisant dès lors partie de l'assiette de la saisie ? ».

(315) J.-M. NELISSEN GRADE, « Derdenbeslag op bankrekeningen », *op. cit.*, pp. 682 et 683, nos 8 et 9 ; J.-P. BUYLE et O. POELMANS, « Insaisissabilité de l'ouverture de crédit — Unicité des comptes — Effets d'une saisie en compte courant », note sous Bruxelles (8e ch.), 16 mars 1989, *J.T.*, 1990, pp. 290 et s., sp. pp. 293 et 294 ; M. GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, *op. cit.*, pp. 402 et 403, n° 553 ; L. LANOYE, « Beslag onder derden op een (bank)rekening », in *Liber amicorum Marcel Briers*, Mys & Breesch, 1993, pp. 281 et s., sp. p. 282 ; E. DIRIX et K. BROECKX, Beslag, *op. cit.*, pp. 413 et 414, n° 710 ; en 1975, R. Perrot écrivait : « Il faut partir de cette idée première que la saisie-arrêt porte, non point sur le compte lui-même, mais sur le solde provisoirement disponible au jour de la saisie » (R. PERROT, « Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé », *Rev. trim. dr. civ.*, 1975, p. 381, n° 23) ; voy. ég. X. MARIN, « Chronique de jurisprudence bancaire », *Banque*, 1959, pp. 599 et s., sp. pp. 601 et 602 ; M. et J.-B. DONNIER, Voies d'exécution et procédures de distribution, *op. cit.*, p. 336, n° 1035 ; 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. 193.

DBL5151.book Page 273 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

mais tel qu'il existe au moment de la mesure (316) — est rendu indisponible, sous la seule nuance, limitée dans sa portée, de la liquidation des opérations en cours. Le compte n'est pas bloqué par la mesure (317). Dans la pratique, la conciliation de la poursuite des mouvements scripturaux au sein du compte et du respect des obligations déduites de la saisie se concrétise par la création d'un compte-*bis*.

Une illustration de ce principe est fournie par un arrêt du 16 avril 1987 de la cour d'appel de Bruxelles (318). Dans cette affaire, des fonds avaient été virés sur le compte ordinaire d'un avocat à destination d'un de ses clients. Une saisie avait antérieurement été opérée entre les mains de la banque par l'administration fiscale (319). Cette dernière ne s'opposait au demeurant pas à ce que les fonds déposés après la saisie soient libérés en faveur du client de l'avocat (320). La cour décide que le titulaire du compte ou son créancier ne possède contre la banque que la créance relative au solde créditeur existant au jour où soit le client en exige la remise soit le créancier de ce dernier pratique une saisie sur le compte. Cela étant, à moins que l'acte de saisie n'en dispose autrement, la saisie frappe tous les avoirs dus par la banque au débiteur saisi, et non ceux révélés par un compte en particulier (321).

(316) Quel que soit le montant de la créance-cause de la saisie, la saisie-arrêt formée entre les mains d'une banque pour appréhender le solde positif qu'affiche un compte bancaire rend indisponible le montant total de ce solde (Cass., 1re ch., 11 avr. 1997, *Pas.*, 1997, p. 453, avec note ; voy. déjà J.-M. NELISSEN GRADE, « Derdenbeslag op bankrekeningen », *op. cit.*, p. 684, n° 11, qui réserve néanmoins la possibilité pour le juge des saisies ou le saisissant de limiter l'objet de la saisie à un certain montant) ; l'effet d'indisponibilité totale se révèle avec plus d'acuité en matière de saisie-arrêt ; on admet que le juge des saisies en tienne compte lorsqu'il est appelé à autoriser ou à apprécier une saisie-arrêt en matière bancaire (voy. ainsi Civ. Liège, (sais.), 6 févr. 1989, *Pas.*, 1989, III, p. 82 : « Le juge des saisies a le pouvoir d'apprécier l'opportunité d'autoriser ou non une saisie-arrêt conservatoire sur un compte bancaire et de la maintenir ou non à la suite d'une tierce-opposition. Il tient compte non seulement de l'intérêt du créancier de récupérer le montant de sa créance mais aussi de la situation du débiteur et des conséquences que la saisie-arrêt sur un compte bancaire pourrait provoquer, notamment la faillite du débiteur ou la dénonciation d'une ouverture de crédit »).

(317) *R.P.D.B.*, v° Saisie-arrêt bancaire, *op. cit.*, p. 822, n° 51 ; J.-P. BUYLE et O. POELMANS, « Insaisissabilité de l'ouverture de crédit — Unicité des comptes — Effets d'une saisie en compte courant », *op. cit.*, p. 294 ; en jurisprudence, outre cet arrêt de la cour d'appel de Bruxelles, voy. Civ. Anvers (sais.), 5 déc. 1988, *R.W.*, 1988-1989, p. 824 ; Civ. Bruxelles (sais.), 4 sept. 1992, *J.L.M.B.*, 1994, p. 975 (somm.), commenté par G. de LEVAL, *J.C.J.*, p. 1446/7 à 1446/9 : « le solde d'un compte est l'expression d'une obligation ou d'un droit de créance et seul le solde créditeur peut être l'objet d'une saisie. Si le compte est débiteur au jour de la saisie, il n'y a aucun actif saisissable ».

(318) Bruxelles (7e ch.), 16 avr. 1987, *J.T.*, 1987, p. 575.

(319) La question de la saisie des comptes d'avocat est évoquée plus loin dans notre recherche : voy. *infra*, nos 331 et s.

(320) Une difficulté se posait par ailleurs, puisque les sommes versées à l'attention du client de l'avocat avaient servi à apurer l'important solde débiteur qu'affichait le compte de ce dernier.

(321) En droit français, la solution ressort en toutes lettres de l'article 74 du décret du 31 juillet 1992 : « l'acte de saisie rend indisponible l'ensemble des comptes du débiteur qui représentent des créances de somme d'argent » ; *adde* R. Martin, *Saisie-attribution*, *op. cit.*, p. 12, n° 169, selon qui la solution s'impose même dans l'hypothèse où un compte était expressément visé dans l'acte de saisie.

DBL5151.book Page 274 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

Un sentiment dissident est exprimé par M. de Leval en ces termes : « Dans la mesure où le compte est un acte juridique générateur d'obligations qui substitue une obligation unique à un ensemble d'obligations, il représente un cadre juridique suffisant pour être saisi en tant que tel (concurremment avec les créances dues en vertu du contrat originaire) dès lors que les effets de la saisie s'étendent non seulement aux créances entrées en compte avant la saisie mais aussi aux montants ultérieurs se rattachant à des liens contractuels sur base desquels le compte a été ouvert ou alimenté » (322). En soutenant cette position, M. de Leval ne nie pas la substitution d'une créance vis-à-vis du banquier à la créance vis-à-vis de l'employeur (323) ; il estime simplement que la prévision du versement de la rémunération future sur le compte suffit à permettre leur appréhension via la saisie bancaire (324).

Cette conviction trouve principalement appui dans la rédaction de l'article 5, § 6, de la loi du 12 avril 1965, tel que modifié par une loi du 27 juin 1985 (325). Selon cette disposition, « lorsque la rémunération des travailleurs ou le compte bancaire ou de chèques postaux où est versée leur rémunération fait l'objet d'une saisie ou d'une cession, le paiement

(322) G. de LEVAL, *Traité des saisies*, Liège, 1988, p. 614, n° 2 ; il est significatif de constater que l'auteur renvoie au n° 49 de son Traité, où, examinant la question de la créance objet de la saisie-arrêt, il se réfère aux termes utilisés par J. Heenen : « Une créance peut faire l'objet d'une saisie-arrêt, pourvu que soit tracé le cadre juridique nécessaire à la réalisation du résultat escompté par le débiteur saisi » (J. HEENEN, « La cession de créances futures », note sous Cass., 1re ch., 9 avr. 1959, *R.C.J.B.*, 1961, pp. 35 et s., sp. p. 43, n° 11) ; en jurisprudence, cette position a été prudemment suivie par Civ. Liège (sais.), 31 mai 1989, inédit, R.G. n° 94.181/88, cité par G. de LEVAL in *J.C.J.*, La Charte, pp. 1446/8 et 1446/9 : « Si l'extension de l'objet de la saisie-arrêt bancaire trouve un écho favorable dans la doctrine récente, on ne peut concevoir qu'il suffise que la dette payée postérieurement à la saisie ait existé contractuellement entre le titulaire du compte et son débiteur avant la saisie pour qu'elle soit frappée par celle-ci. Pour réussir éventuellement dans son action dirigée contre le tiers-saisi poursuivi comme débiteur pur et simple des causes de la saisie, le saisissant doit préciser quels pourraient être les versements se rattachant aux liens contractuels sur la base desquels le compte a été ouvert ou alimenté ».

(323) G. de LEVAL, *Traité des saisies*, Liège, 1988, p. 158, n° 84.

(324) En ce sens également, P. DELEBECQUE et E. PUTMAN, obs. sous Cass. fr. (2e civ.), 13 mai 1987, *J.C.P.*, 1988, II, n° 20.923, n° 13 : « Ne pourrait-on […] considérer, dans le cadre d'une relation de compte courant, que la créance en germe de l'assuré social à l'égard de l'ASSEDIC constitue, pour le banquier, la cause d'une opération en cours dès avant le virement effectif des fonds sur le compte ? La périodicité mensuelle des versements, dont la source est une situation juridique d'assuré social établie antérieurement à la saisie, ferait en quelque sorte l'objet d'une opération en cours à répétition et les virements ne seraient que les actes d'exécution successifs rendant, à intervalles réguliers, les sommes liquides et exigibles. Chaque virement ne ferait que matérialiser, par le transfert des fonds, la créance antérieure. Néanmoins, il n'est pas certain qu'en l'état actuel de sa jurisprudence, la Cour de cassation se montre favorable à une telle analyse » ; notons que les annotateurs argumentent également en droit des contrats et s'interrogent d'une part si une analyse consensualiste ne permet pas d'anticiper la naissance de l'obligation de restitution des fonds et d'autre part si la convention de domiciliation entre l'assuré social et l'ASSEDIC ne pouvait être invoquée par le créancier saisissant.

(325) M. de Leval évoque également d'autres arguments, soit un passage des travaux préparatoires du Code judiciaire, le commentaire administratif fiscal des dispositions relatives aux saisies-arrêts simplifiées et l'obligation (à ce jour encore contestée) de déclaration du solde négatif (G. de LEVAL, *Traité des saisies*, Liège, 1988, pp. 614 et 615, n° 2).

DBL5151.book Page 275 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

de la partie non cessible ni saisissable de la rémunération s'effectue [d'office] (326) de la main à la main, par assignation postale ou par un autre mode de paiement déterminé par le Roi. Le Roi détermine, après avoir pris l'avis du Conseil national du travail, la procédure par laquelle l'employeur est informé de la cession ou de la saisie du compte du travailleur » (327). L'argument interpelle : quelle est l'utilité de cette intervention légale si la simple application des principes de la saisie des comptes aboutit déjà à soustraire les rémunérations ultérieures de l'emprise de la saisie ? Le postulat de rationalité du législateur s'y oppose en apparence.

Selon MM. Herinckx et Léonard, rejoints en cela par d'autres auteurs (328), cette analyse ne résiste pas à la combinaison de deux principes fondamentaux : d'une part, s'il est incontestablement générateur d'effets juridiques, le compte n'est qu'un cadre vide s'il n'est pas alimenté (329) ; d'autre part, la saisie-arrêt ne peut appréhender que des créances du débiteur saisi vis-à-vis du tiers saisi (330). À l'appui de l'opinion majoritaire, les auteurs évoquent également l'issue de la saisie d'un compte alors que le solde de ce dernier est négatif : selon eux, la saisie ne produira aucun effet. Ce dernier argument ne nous convainc pas. D'une part, il néglige à la fois l'impact éventuel des opérations en cours (331) et le fait que cette saisie imposera au moins à la banque d'opérer sa déclaration de tiers saisi, d'une précision plus accentuée que ce qui est sou-

(326) Les mots « d'office » ont été remplacés par les mots « à la demande du travailleur » par l'article 8 de la loi du 27 décembre 2005 portant des dispositions diverses (*M.B.*, 30 déc. 2005, 2e éd.) ; sur la raison d'être de cette suppression, voy. *infra*, n° 298.

(327) Il ne s'agit pas de la seule disposition légale évoquant la saisie d'un compte ; voy. ainsi l'article 9 de la loi du 28 avril 1999 visant à transposer la Directive 98/26/CE du 19 mai 1998 concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres ; aux termes de cette disposition déjà évoquée *supra*, « tout compte de règlement sur espèces auprès d'un organisme gestionnaire ou d'un agent de règlement d'un système, ne peut être saisi, mis sous séquestre ou bloqué d'une manière quelconque par un participant (autre que l'organisme gestionnaire ou l'agent de règlement), une contrepartie ou un tiers » ; voy. ég. l'article 1411*bis*, § 2, du Code judiciaire, qui évoque « un compte à vue qui a fait l'objet d'une saisie ou d'une cession » ; les travaux préparatoires de la loi du 14 juin 2004, entre-temps abrogée mais dont la substance a été reprise dans une loi-programme du 27 décembre 2005, contiennent cependant des développements qui permettent de penser que le législateur consacre la thèse majoritaire en doctrine (voy. *infra*, nos 279 et s.).

(328) *R.P.D.B.*, v° Saisie-arrêt bancaire, *op. cit.*, pp. 821 à 823, nos 50 à 53 ; L. LANOYE, « Beslag onder derden op een (bank)rekening », *op. cit.*, p. 282 ; J. LINSMEAU, « Quelle évolution récente en matière de saisie des comptes bancaires ? », Colloque E.F.E. des 17 et 18 juin 1998 tenu à Bruxelles, p. 16, n° 27.

(329) On retrouve cette expression de cadre vide chez R. RODIERE et J.-L. RIVES-LANGE, *Droit bancaire*, Dalloz, 1980, 3e éd., pp. 92-93, n° 88, cité par G. de LEVAL, *Traité des saisies*, *op. cit.*, p. 613, n° 1.

(330) C. HERINCKX et Th. LÉONARD, « La saisie-arrêt et les opérations bancaires », *Ann. dr.*, 1982, pp. 33 et s., sp. p. 42 ; ces deux principes sont repris comme tels in *R.P.D.B.*, v° Saisie-arrêt bancaire, *op. cit.*, p. 821, n° 50.

(331) En ce sens ég. : R. MARTIN, *Saisie-attribution*, *op. cit.*, p. 13, n° 173.

DBL5151.book Page 276 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

vent prétendu (332). D'autre part, comme nous le verrons, l'existence d'un solde négatif n'est pas synonyme d'inocuité de la mesure de recouvrement (333).

Quant à l'existence de l'article 5, § 6, de la loi du 12 avril 1965, les partisans de la thèse majoritaire l'estiment certes troublant, mais il pourrait exclusivement se lire, selon eux, comme une consécration de l'effet quasi novatoire des comptes bancaires ; or précisément, cet effet serait nié par la recherche des liens contractuels « sur base desquels le compte a été ouvert ou alimenté » (334).

183. Notre opinion. La question est assurément délicate. Au premier abord, les arguments de la doctrine majoritaire paraissent décisifs. D'un point de vue purement factuel en premier lieu, comme l'admet M. de Leval lui-même, le titulaire du compte est toujours libre de ne plus l'alimenter après la saisie (335). Or il est pour le moins frustrant qu'une construction juridique soit privée de concrétisation par la tyrannie des faits.

Juridiquement ensuite, on se convainc aisément que jusqu'au moment de son versement sur le compte, une rémunération reste une créance vis-à-vis de l'employeur et non vis-à-vis de la banque auprès de laquelle il est tenu. L'altérité des tiers saisis ne justifie-t-elle pas la solution traditionnelle selon laquelle, en l'absence de disposition législative contraire (336), une créance totalement ou partiellement insaisissable vis-à-vis d'un employeur ou d'un organisme de sécurité sociale perd cette qualité lorsque, suite à un virement bancaire, s'y substitue une créance sur un organisme de crédit (337). Ainsi, M. Perrot écrivait en 1975, avant la modification législative française instaurant un report d'insaisissabilité : « […] la solution consacrée par la jurisprudence dominante repose sur de solides raisons. Il est exact que la fongibilité des sommes

(332) Voy. spéc. Bruxelles (17e ch.), 22 juin 2004, *D.A.O.R.*, 2004, n° 71, p. 39 ; nous reviendrons naturellement sur le problème des opérations en cours ; voy. *infra*, nos 413 et s.

(333) Voy. *infra*, nos 361 et s.

(334) C. HERINCKX et Th. LÉONARD, « La saisie-arrêt et les opérations bancaires », *op. cit.*, p. 43.

(335) G. de LEVAL, *Traité des saisies*, *op. cit.*, p. 634, n° 11, A.2.

(336) En droit français, la sous-section 1 du chapitre Ier du titre II du décret du 31 juillet 1992 a été profondément modifiée par un décret n° 2002-1150 du 11 septembre 2002 instituant un dispositif d'accès urgent aux sommes à caractère alimentaire figurant sur un compte saisi et modifiant le décret n° 92-755 du 31 juillet 1992 (*J.O.*, 13 sept. 2002, p. 15.133 ; D., 2002, pp. 2661 et 2662 ; *J.C.P.*, 2002, n° 20.126) ; sur cette réforme, voy. O. SALATI, « Présentation du décret du 11 septembre 2002 instituant un dispositif d'accès urgent aux sommes à caractère alimentaire figurant sur un compte saisi », *Droit et procédures*, 2003, n° 1, pp. 4 à 9).

(337) Civ. Gand (sais.), 5 déc. 2000, *T.G.R.*, 2001, p. 37, n° 21/2001 ; le juge des saisies, doctrine à l'appui, décide : « De berpeking van de beslagbaarheid van de schuldvorderingen vermeld in artikel 1409-1410 Ger.W., ophoudt te bestaan van zodra deze sommen op een bankrekening van de schuldenaar zijn gestort ». ; *contra*, mais à tort selon nous, Civ. Anvers (sais.), 5 déc. 1988, *R.W.*, 1988-1989, p. 824 ; Liège (ch. vac.), 1er sept. 2003, inédit, R.G. n° 2003/1165.

DBL5151.book Page 277 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

inscrites au compte rendrait aléatoire une dichotomie fondée sur l'origine des deniers. Par ailleurs, il est non moins exact qu'à partir du jour où le salaire a été versé à un compte bancaire, la créance du salarié cesse d'être une créance de salaire contre l'employeur pour devenir la créance d'un titulaire de compte contre le détenteur des fonds » (338). Annonçons d'ores et déjà, avant d'y revenir dans la suite de notre recherche (339), qu'en droit belge, une loi du 27 décembre 2005, non encore entrée en vigueur, a consacré le report de l'insaisissabilité des sommes lorsqu'elles sont créditées sur un compte à vue.

La jurisprudence de la Cour de cassation de France corrobore par ailleurs l'opinion majoritaire. Dans l'affaire ayant donné lieu à un arrêt du 13 mai 1987 (340), une saisie entre les mains d'une banque était restée stérile en raison d'un mécanisme préférentiel bénéficiant au fisc. Le saisissant prétendit alors que la saisie devait s'étendre aux sommes versées postérieurement par l'ASSEDIC au débiteur saisi, ce dernier ayant à l'endroit de l'organisme public une créance en germe. La Cour de cassation censura l'arrêt de la cour d'appel de Montpellier qui avait admis cette argumentation (341). Selon MM. Perrot et Théry, « il est vrai que le mari était bien créancier, mais de l'ASSEDIC, alors que la créance contre la banque "ne pouvait préexister au virement effectif des fonds de l'ASSEDIC" » (342).

Depuis la réforme de 1991 et dans ce même contexte de débiteur saisi créancier de caisses d'assurance-maladie, la question se pose même en amont, lorsque la poursuite est effectuée non entre les mains de l'établissement de crédit, mais entre celles de la caisse sociale. Quel sera l'objet de la saisie : s'agit-il seulement des sommes dues à celui-ci au

(338) R. PERROT, « Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé », *Rev. trim. dr. civ.*, 1975, p. 162, n° 20 (nous soulignons) ; *adde*, du même auteur, « Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé », *Rev. trim. dr. civ.*, 1976, p. 642, n° 20 et *Rev. trim. dr. civ.*, 1980, pp. 172 et 173, n° 13 ; voy. déjà les chroniques de jurisprudence antérieures de P. RAYNAUD, « Jurisprudence française en matière de procédure civile », *Rev. trim. dr. civ.*, 1962, p. 564, n° 10 : « Il est bien malaisé de soutenir juridiquement que la créance du titulaire du compte contre le dépositaire est demeurée une créance de salaires, ce qui supposerait que le montant de ceux-ci est encore entre les mains de l'employeur… » ; *Rev. trim. dr. civ.*, 1972, p. 824, n° 5 ; en ce sens également : G. TAORMINA, « Saisie et cession des rémunérations », *Rép. proc. civ.*, Dalloz, 1994, p. 3, n° 12 et J. MIGUET, *Saisie-attribution — Comptes de dépôts : règles spécifiques*, *op. cit.*, p. 8, n° 31 ; J. LINSMEAU, « Quelle évolution récente en matière de saisie des comptes bancaires ? », Colloque E.F.E. des 17 et 18 juin 1998 tenu à Bruxelles, p. 19, n° 31.

(339) Voy. *infra*, n^{os} 279 et s.

(340) Cass. fr. (2^{e} civ.), 13 mai 1987, *Bull. civ.*, II, n° 113 ; *J.C.P.*, 1988, II, n° 20.923, avec note P. DELEBECQUE et E. PUTTMAN.

(341) L'arrêt décide précisément : « Attendu que […] la cour d'appel retient que les versements des ASSEDIC constituaient des créances en germe au jour de la saisie en raison de leur périodicité mensuelle ; qu'en statuant ainsi, alors que si M. Mousset avait bien une créance éventuelle contre l'ASSEDIC, l'obligation de restitution de la banque, simple dépositaire envers M. Mousset, ne pouvait préexister au virement effectif des fonds de l'ASSEDIC, la cour d'appel a violé les textes susvisés » ; on peut écrire sans risque d'erreur que la créance contre l'ASSEDIC était plus qu'éventuelle.

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

DBL5151.book Page 278 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

moment de la mesure ou bien plus des montants dont la caisse devient redevable postérieurement à celle-ci ? Suivant en cela la meilleure doctrine (343), la Cour de cassation française a estimé le 13 juin 2002 que la seconde branche de l'alternative ne pouvait se concevoir (344).

L'annotateur anonyme de cet arrêt, citant M. Miguet, approuve la solution : « La créance à exécution successive, « née d'un même acte juridique ou d'une opération juridique non complexe mais unitaire » doit être distinguée de la « pluralité de créances, naissant successivement d'actes juridiquement différents qui, bien qu'intégrés dans un ensemble, sont indépendants les uns des autres » et constituent un courant d'affaires ou un flux commercial » (345). Or, le compte en banque ne peut-il être comparé utilement à ce contrat-cadre ? Cependant, comme nous l'avons vu, la Belgique ne connaît pas de texte semblable à l'article 13 de la loi du 9 juillet 1991 qui n'autorise l'appréhension par voie de saisie que des créances « conditionnelles, à terme ou à exécution successive » ; à ce propos, nous avons eu l'occasion de constater qu'antérieurement à la réforme de 1991, la jurisprudence de la Cour de cassation de France était nettement plus souple (346).

Ainsi, même nuancées par l'expérience belge, ces dernières considérations abondent incontestablement dans le sens de la position majoritaire en doctrine. À la réflexion cependant, rien n'empêche *a priori* la coexistence, dans le chef de la même personne, de droits à la consistance et aux débiteurs distincts. Dès lors, n'est-il pas concevable que le saisi soit à la fois créancier à terme de son employeur pour chaque rémunération et créancier éventuel de l'établissement de crédit dont il a transmis les coordonnées à ce même employeur afin qu'il puisse honorer sa dette ? N'y a-t-il pas contradiction avec les principes de droit commun évoqués ci-dessus, à ne pas voir dans le chef de l'établissement de crédit une dette existant en germe au moment de la saisie (347) ?

---

(343) R. PERROT, « Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé », *Rev. trim. dr. civ.*, 1995, p. 968, commentant et critiquant Rennes, 26 mai 1995, *J.C.P.*, 1995, II, n° 22.508, avec note E. PUTMAN ; des effets d'une convention de tiers payant conclue entre une entreprise d'ambulance et une caisse primaire d'assurance maladie, M. Perrot écrit : « Chaque créance prenait naissance isolément à l'occasion de chacun des transports effectués ; jusque là, elle n'avait aucune existence certaine. Autrement dit, la convention de « tiers-payant » n'était pas un contrat unique servant de cause à toutes les créances à venir ; elle n'était tout au plus qu'une simple convention-cadre destinée à aménager certaines modalités de paiement, et à l'intérieur de laquelle devaient ensuite s'insérer des contrats d'application, générateurs de créances isolées prenant naissance à la date de chaque transport de malade ».

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

(345) J. MIGUET, « Saisie-attribution — Créances à exécution successive : règles spécifiques », *Juris-Classeur*, fasc. 2295, p. 3, n° 4.

(346) Voy. *supra*, nos 31 à 33.

(347) En ce sens : P. DELEBECQUE et E. PUTMAN, obs. sous Cass. fr. (2e civ.), 13 mai 1987, *J.C.P.*, 1988, II, n° 20.923, sp. nos 12 à 15 ; voy. les principes que nous avons développés dans la première partie de notre recherche (*supra*, nos 31 à 33).

DBL5151.book Page 279 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

Pour se convaincre du malaise qui se dégage de la confrontation des positions respectives, selon qu'il s'agit du droit commun ou du compte, il suffit de citer MM. Perrot et Théry, dans leurs développements qui suivent la relation de l'arrêt du 13 mai 1987 de la Cour de cassation française : « On retrouve fréquemment ce type de difficultés lorsqu'une saisie est pratiquée auprès d'un notaire avant une vente : même si la vente doit être passée le lendemain, il n'a pas encore reçu le prix et n'est donc pas débiteur du vendeur. La saisie reste possible, mais auprès de l'acquéreur, débiteur de la créance de prix » (348). À notre sens pourtant, une créance en germe existe la veille de la passation de l'acte, même s'il est concevable que le prix ne transite finalement pas par le ministère du notaire ; à tout le moins éventuelle au moment de la saisie, la créance ne se métamorphosera finalement pas en faveur du saisissant en créance certaine et exigible (349).

S'il n'est finalement pas question de créance en germe, c'est à nos yeux parce que le compte bancaire est essentiellement un support monétaire. Le concept de créance en germe ne s'accorde guère avec la monnaie, fiduciaire ou scripturale, qui vit dans l'immédiat (350). Comme nous l'avons vu, le compte révèle une créance d'un type particulier, qui porte sur l'engagement autonome et irrévocable de l'organisme de crédit à mettre l'avoir scriptural à disposition de son titulaire via l'utilisation des instruments monétaires idoines ; cet engagement est foncièrement *abstrait* des rapports juridiques extérieurs qui alimentent le compte (351). En quelque sorte, le statut de support monétaire du compte en banque l'emporte ici sur sa nature de créance. On dispose d'argent ou non sur le compte en banque, et la vocation de ce dernier à en recevoir plus ou moins ne peut être admise que très strictement, en raison de l'incidence de mécanismes propres au fonctionnement du compte, autrement dit endogènes au système monétaire scriptural. Si une créance de somme, de rémunération par exemple contre un employeur, existe bien plus qu'en germe dans le patrimoine du débiteur, il n'y aura créance monétaire contre sa banque qu'au moment du versement sur le compte du débiteur.

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

(349) Voy. *supra*, n^os^ 31 à 33.

(350) « Notre existence n'a plus rien de rustique. Elle est moins rythmée par le cours lent des saisons que par le temps dit « réel ». Il est significatif que ce temps réel soit un temps de l'instantané, un temps de l'immédiat. La monnaie en porte trace. Réalité économique et juridique, la monnaie est un langage social qui exprime, de façon parfois très complexe, la manière dont une société se développe et règle ses échanges » (X. THUNIS, « Préface », in *Transferts électroniques de fonds — Les paiements par wap*, Bruylant, 2001, p. 9).

(351) R. STEENNOT, *Elektronisch betalingsverkeer — Een toepassing van de klassieke principes*, *op. cit.*, pp. 121 à 123, n^os^ 163 à 164 ; en matière de saisie particulièrement, on en veut pour preuve le fait que l'origine d'un versement, ou l'affectation qui lui est donnée par un tiers ou par le titulaire du compte, ne peut entamer le droit du créancier de ce dernier à saisir le solde créditeur (Civ. Bruxelles (sais.), 8 oct. 1985, F.J.F., 1987, n° 87/21 ; Bruxelles, 26 avr. 1987, *J.T.*, 1987, p. 575 ; Civ. Neufchâteau (sais.), 5 avr. 1988, *J.L.M.B.*, 1988, p. 937 ; Liège (7^e^ ch.), 22 mai 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1689).

DBL5151.book Page 280 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

184. Conclusion. Nous estimons, en conclusion, que la convention de compte est une réalité, le compte en est une autre et la présence dans ce dernier de monnaie scripturale une troisième. On avait justement insisté sur les outrances déduites de la référence à la métaphore du « creuset de Thaler ». Cependant, si l'on s'abstient d'y lier des conséquences tant juridiquement dogmatiques qu'économiquement inopportunes (352), pareille image reste didactique. Le créancier ne souhaite pas appréhender le réceptacle mais son contenu. Seul le solde du compte est bloqué ; approvisionné postérieurement à la saisie par des remises nouvelles, le compte, qui n'est pas clôturé par l'effet de celle-ci (353), peut à nouveau être utilisé par son titulaire (354). Une réserve s'impose cependant à cet égard : comme nous pensons pouvoir le démontrer, aucun effet de crédit ne pourra plus être attaché au fonctionnement du compte (355).

Sous-section 2

Assimilation, quant aux poursuites, des comptes de dépôt et des comptes courants

185. Réticences du passé. Si la saisissabilité des comptes dits ordinaires ou de dépôt (comptes à vue ou à terme) a de tout temps été admise (356), le compte courant, par contre, était jadis considéré comme imperméable aux tentatives d'exécution des créanciers des parties au compte ; permettre la saisie du solde créditeur provisoire revenait à nier le principe d'indivisibilité du compte courant, selon lequel aucune créance ne pouvait exister avant sa clôture (357).

(352) Nous visons par là l'insaisissabilité, longtemps prônée par les théoriciens du compte courant, du solde provisoire de ce dernier pendant son fonctionnement (voy. *infra*, n° 185).

(353) R. PERROT et Ph. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, *op. cit.*, p. 424, n° 412 ; M. et J.-B. DONNIER, *Voies d'exécution et procédures d'exécution*, *op. cit.*, p. 336, n° 1035.

(354) *R.P.D.B.*, v° Saisie-arrêt bancaire, *op. cit.*, p. 840, n° 97.

(355) Voy. *infra*, n^{os} 366 et s.

(356) G. de LEVAL, *Traité des saisies*, *op. cit.*, p. 617, n° 3 ; *R.P.D.B.*, v° Saisie-arrêt bancaire, *op. cit.*, p. 820, n° 47 ; C. HERINCKX et Th. LÉONARD, « La saisie-arrêt et les opérations bancaires », *op. cit.*, pp. 34 et 35 ; C. HOUSSA, « La saisie-arrêt en matière bancaire », *op. cit.*, p. 77 ; déjà, Leurquin insistait sur ce que l'impossibilité de saisir ne s'appliquait qu'au compte courant proprement dit et non « au dépôt effectué sous la forme d'un compte-courant » (Ch. LEURQUIN, *Code de la saisie-arrêt*, *op. cit.*, p. 68, n° 35) ; comp. et *contra* cependant, mais à tort, P. VAN OMMESLAGHE, « Le droit et la comptabilité : réflexions sur les effets juridiques du compte », *J.D.F.*, 1977, pp. 321 et s., sp. p. 328 ; cette position très isolée se déduisait de la pensée de l'auteur, tendant à étendre des effets draconiens de novation et d'indivisibilité à tous les comptes sans les réserver au compte courant.

(357) J.-M. NELISSEN GRADE, « Derdenbeslag op bankrekeningen », *op. cit.*, p. 679, n° 4 et les références citées ; G. de LEVAL, La saisie-arrêt, *op. cit.*, p. 89, n° 58 ; *R.P.D.B.*, v° Saisie-arrêt bancaire, *op. cit.*, p. 820, n° 48 ; comp. P. ESMEIN, « Essai sur la théorie juridique du compte courant », *Rev. trim. dr. civ.*, 1920, pp. 79 et s., sp. pp. 90 à 92, qui préfère à la référence à l'indivisibilité l'explication déduite d'une attribution exclusive d'une créance au correspondant ; selon R. Martin, « c'était faire échapper au gage des créanciers un actif pour des motifs formels, des scrupules de théoriciens (la théorie échafaudée à propos du compte courant est passablement artificielle et la pratique a dû éroder de plus en plus des principes intenables dans leurs conséquences) » (R. MARTIN, « Saisie-attribution », *op. cit.*, n° 166).

DBL5151.book Page 281 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

Telle était la position de nombreux ouvrages rédigés sous l'empire du Code de procédure civile (358), même si certaines décisions exprimaient déjà leur malaise face à une telle solution (359). L'institution devait s'imposer aux tiers telle qu'elle avait été voulue par les parties. Il est instructif de lire la motivation d'un arrêt de la Cour de cassation de France du 23 janvier 1922 significatif de ce courant : « La saisie-arrêt ne peut atteindre que les sommes dont le débiteur a la propriété et la disposition ; en matière de compte courant, les engagements des parties sont réciproques et indivisibles et que le créancier de l'une d'elles ne peut, par une saisie, détourner les valeurs comprises au compte de leur affectation convenue ; il ne peut prétendre droit que sur le solde susceptible de revenir à son débiteur après la clôture et le règlement du compte » (360). La question de la propriété, bien qu'évoquée, ne pouvait être en cause : c'est l'affectation voulue par les parties (361) qui empêchait la saisie pendant le fonctionnement du compte courant (362). Le rayonnement de cette affectation conventionnelle, de cette destination convenue

(358) Voy. ainsi Ch. LEURQUIN, *Code de la saisie-arrêt*, *op. cit.*, p. 67, n° 35 ; P. DODO, *Théorie et pratique de la saisie-arrêt*, *op. cit.*, pp. 97 et 98, n° 94 ; *R.P.D.B.*, v° Saisie-arrêt, *op. cit.*, p. 574, n° 315 ; E. PREAUX, « Les saisies chez les banques », *J.C.B.*, 1961, pp. 66 et s., sp. pp. 67 à 70 et G. SOENEN, « Het Derdenbeslag en de Rekening-Courant in een Financiële instelling », *R.W.*, 1967-1968, col. 729 et s.

(359) Paris, 23 févr. 1939, *Gaz. Pal.*, 23-24 avr. 1939, relevé par P. RAYNAUD, « Jurisprudence en matière de procédure civile », *Rev. trim. dr. civ.*, 1939, pp. 823 et 824, n° 19.

(360) Cass. fr. (civ.), 23 janv. 1922, *S.*, 1923, I, pp. 225 et s., avec note P. ESMEIN, D., 1925.1.72 ; une lecture plus nuancée de cette décision fut proposée par P. Raynaud : « C'est donc la notion classique d'indivisibilité, déjà ébranlée en jurisprudence, qu'il faut reprendre pour lui assigner des limites raisonnables. Elle ne peut empêcher la saisie-arrêt parce qu'elle n'empêche pas une créance saisissable d'exister à un moment quelconque du compte. La seule saisie qui n'est plus permise est celle d'un article isolé, et si l'on relit attentivement les arrêts antérieurs sur la question et notamment celui de la Chambre civile du 23 janvier 1922 on se demande si en définitive ils ont dit plus que cela » (P. RAYNAUD, « Jurisprudence en matière de procédure civile », *Rev. trim. dr. civ.*, 1940-1941, p. 503, n° 10) ; ce même auteur déplorait peu de temps après le recours à des voies détournées, en l'occurrence l'article 1382 du Code civil appelé à sanctionner la complaisance d'un tiers saisi lié à un débiteur par un compte courant, pour amender les conséquences « pratiquement inacceptables du principe brutalement appliqué de l'indivisibilité du compte courant » (P. RAYNAUD, « Jurisprudence en matière de procédure civile », *Rev. trim. dr. civ.*, 1943, pp. 139 et 140, n° 14).

(361) « En principe en effet, les créanciers doivent subir les effets des contrats passés sans fraude par leur débiteur », commencent les auteurs de la saisie-arrêt bancaire en examinant la saisissabilité du compte-courant (*R.P.D.B.*, v° Saisie-arrêt bancaire, *op. cit.*, p. 820, n° 48) : en ce sens également, J. BAUGAS, *La saisie-arrêt des comptes courants et la théorie de l'indivisibilité*, Paris, Librairie technique et économique, 1935, p. 41, n ° 46 et p. 80, n° 87.

(362) J. Baugas montre que la postposition (éventuelle car tributaire d'une créance dans le chef du saisi) des effets de la saisie à la clôture du compte courant différencie ce dernier des comptes courants des banques dites privilégiées (à l'époque la Banque de France et les Banques coloniales), où l'insaisissabilité, édictée par une disposition légale, était absolue (J. BAUGAS, *La saisie-arrêt des comptes courants et la théorie de l'indivisibilité*, *op. cit.*, p. 38, n° 43 et p. 119, n° 120) ; dans ses développements historiques précédents, l'auteur a montré que l'insaisissabilité qui s'attachaient aux comptes courants ouverts dans certains établissements (Banque d'Amsterdam, Banque de Law) n'avait d'autre raison d'être que d'attirer les dépôts par des clients soucieux de rendre leur fortune insaisissable (*ibid.*, p. 8, n° 9, p. 11, n° 13, p. 15, n° 19).

DBL5151.book Page 282 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

s'imposait aux tiers. L'image des anneaux indissociables ou l'évocation du compte courant comme creuset était une icône (363).

186. Progressisme des Cours de cassation belge... Parallèlement aux remises en cause doctrinales de la théorie classique, les auteurs avaient souligné le caractère inéquitable et excessif de l'insaisissabilité de l'avoir au sein du compte courant ; des remèdes avaient été proposés. Ils ont certainement inspiré deux arrêts des Cours de cassation française et belge prononcés quasi simultanément en 1973.

Les faits à l'origine de l'arrêt du 18 mai 1973 de notre Cour de cassation sont connus (364). Une entreprise avait obtenu d'une banque l'ouverture d'un crédit en compte courant, garanti par un gage sur fonds de commerce. Peu avant sa faillite, à un moment où elle s'avéra rétrospectivement en état de cessation de paiement, cette entreprise avait consenti une seconde sûreté du même type, alors que le compte courant présentait un important solde débiteur en faveur de la banque. Le curateur postula l'inopposabilité de la seconde sûreté, en ce que, consentie durant la période suspecte, elle garantissait une créance antérieure. Un arrêt de la cour d'appel de Liège refusa cette demande. Tout en écartant une application stricte de la règle d'indivisibilité, qui aurait refusé de considérer le solde provisoire comme une créance de la banque vis-à-vis du commerçant (365), la cour estima que les remises du commerçant, postérieures au second nantissement, avaient apuré le solde que révélait le compte courant à cette date.

Cette décision fut soumise à la censure de la Cour de cassation, qui rejeta le pourvoi. Selon la haute juridiction, « s'il est vrai que le solde débiteur du compte courant excédait le montant du gage, lors de la constitution de celui-ci le 11 août 1966, il échet néanmoins d'observer que suivant l'arrêt, d'une part, la sûreté consentie à cette date était destinée à garantir tous les montants dont le crédité serait redevable à la banque "par suite d'opérations conclues ou à conclure" et, d'autre part, que depuis la constitution du gage susmentionnée jusqu'au jour de la clôture du compte courant, la firme Majoco "a payé un total de 1 004 183 francs

(363) FEITU et CLEMENT, cités par J. BAUGAS, *La saisie-arrêt des comptes courants et la théorie de l'indivisibilité*, *op. cit.*, pp. 73 et 74, n° 79.

(364) Cass. (1re ch.), 18 mai 1973, *Pas.*, 1973, I, p. 873 avec note W.G., *R.W.*, 1973-1974, p. 363 avec concl. du procureur général W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *J.T.*, 1974, p. 658, *R.C.J.B.*, 1975, pp. 62 et s. avec note Fr. T'KINT ; *adde* les commentaires de M. DASSESSE, « Sûretés constituées en période suspecte pour garantir le solde d'un compte courant : dernier état de la jurisprudence belge et française », *Rev. Banque*, 1976, pp. 57 et s. et A.-M. STRANART « Opposabilité à la masse du gage constitué en période suspecte pour sûreté du solde débiteur éventuel d'un compte courant », *J.T.*, 1975, pp. 357 et s.

(365) Fr. T'KINT, « L'application de l'article 445, alinéa 4, de la loi sur les faillites aux sûretés constituées en période suspecte en garantie du solde d'un compte courant », note sous Cass. (1re ch.), 18 mai 1973, *R.C.J.B.*, 1975, pp. 62 et s., sp. p. 69, n° 2.

DBL5151.book Page 283 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

tandis que pendant la même période, la banque a accordé 933 807 francs de crédit" » ; dès lors, « sans violer l'égalité des créanciers intéressés à une faillite, voulue par ledit article 445, la cour d'appel a pu décider, en se fondant sur les constatations ainsi faites et en interprétant la volonté des parties, qu'en ce qui concerne la question juridique de l'opposabilité à la masse de la constitution du gage du 11 août 1966 les remises faites par la firme Majoco depuis cette constitution de gage devaient être imputées sur les dettes les plus anciennes, de sorte que, après ces dernières remises, ladite constitution de gage n'avait plus trait qu'aux crédits accordés depuis le 11 août 1966 et à la dette qui en résultait ; […] ainsi, l'arrêt a pu considérer cette constitution de gage comme valable et opposable à la masse ».

Comme on l'a justement souligné, de cet arrêt de la Cour de cassation belge se déduisait inéluctablement que le solde provisoire que fait apparaître le compte courant à chaque moment devait être considéré comme une créance exigible (366).

187. …et française. L'arrêt rendu moins de six mois après par la Cour de cassation de France (367), sur le visa, entre autres, de l'article 2092 du Code civil, est encore plus éloquent : « Attendu qu'estimant qu'en raison de l'indivisibilité des opérations d'un compte courant, aucun solde ne peut être dégagé avant la clôture finale du compte et que, tant que celui-ci n'est pas définitivement arrêté, aucun créancier n'a le droit de pratiquer saisie sur un solde provisoire, la cour d'appel a considéré que le percepteur de Saint-Claude, qui poursuivait le recouvrement d'impôts, avait commis une faute en demandant à la Banque de la Guadeloupe, par voie d'avis à tiers détenteur, le versement des disponibilités du compte courant dont Baptista était titulaire dans cet établissement ; attendu, cependant, que la créance, objet de la procédure d'exécution litigieuse, était recouvrable sur l'ensemble du patrimoine de Baptista et que, faisant partie dudit patrimoine, le solde provisoire du compte courant, au jour où le percepteur a notifié sa demande à la banque, ne pouvait être distrait du gage général du Trésor ».

Par cet arrêt, la Cour de cassation française abandonnait une jurisprudence constante qui « faisait la part belle au banquier en sous-

(366) J.-M. NELISSEN GRADE, « Derdenbeslag op bankrekeningen », *op. cit.*, p. 679, n° 4 ; G. de LEVAL, *Traité des saisies*, *op. cit.*, p. 620, n° 3 : « Dans la mesure où la Cour de cassation de Belgique écarte (au profit d'une partie à la relation) le principe de l'indivisibilité du compte courant […], il y a lieu, *a fortiori*, d'écarter le même principe pour rendre saisissable le solde provisoire du compte-courant ».

(367) Cass. fr. (com.), 13 nov. 1973, *Bull. civ.*, IV, n° 325 ; *D.*, 1974, Chron., p. 101 avec note J.-L. RIVES-LANGE ; *Banque*, 1974, p. 311 et note D.R. MARTIN, *Gaz. Pal.*, 1974, p. 154 avec note R. BLANCHER ; *adde*, sur cet arrêt, R. PERROT, « Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé », *Rev. trim. dr. civ.*, 1974, pp. 675 et 676, n° 14.

DBL5151.book Page 284 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

trayant aux créanciers de son client des éléments d'actif » (368). Le renversement de la tendance a été souhaité et justifié par une dénonciation des excès de la théorie de l'indivisibilité (369), comme a pu également être mis en question l'effet de novation ou de quasi-novation du compte courant (370). Comme on l'a justement écrit, l'intérêt des tiers a pris le pas sur la conception rigide de l'indivisibilité absolue du compte courant (371). Il faut convenir qu'il était outrancier de soutenir l'impossibilité d'arrêter provisoirement le compte pour faire apparaître le sens de la créance. M. Baugas faisait déjà l'inventaire en 1935 des nombreux cas de figure où l'indivisibilité était niée (372).

188. Rapprochement des solutions. Ainsi, du point de vue de la saisissabilité, souligne la doctrine, le régime du compte courant s'aligne sur celui du compte de dépôt (373). Mme Cimamonti a cru voir dans ces arrêts l'illustration d'un « important travail jurisprudentiel de restriction du domaine des insaisissabilités » (374). On peut cependant mettre en doute pareille constatation. De l'aveu même de l'auteur, l'insaisissabi-

(368) R. PERROT et Ph. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, *op. cit.*, p. 417, n° 402 ; il est dès lors particulièrement surprenant, sinon inquiétant, de constater qu'une thèse consacrée en 1989 par un juriste français à la compensation et aux droits des tiers ne fasse pas allusion à cet arrêt fondamental, évoque en en critiquant le fondement la jurisprudence de fond qui reconnaissait les droits du créancier saisissant et espère une solution « sur le plan législatif »… (G. DUBOC, *La compensation et les droits des tiers*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 202, 1989, pp. 120 et 121, nos 172 et 173 ; *adde ibid.*, p. 200, n° 278, où l'auteur écrit que le fonctionnement du compte courant ne peut être affecté par une saisie-arrêt).

(369) J. BAUGAS, *op. cit.*, p. 77, n° 83 ; voy. ég. Fr. T' KINT, « L'application de l'article 445, alinéa 4, de la loi sur les faillites aux sûretés constituées en période suspecte en garantie du solde d'un compte courant », *op. cit.*, p. 75, nos 7 et 8 : « Peu réaliste, la théorie de l'indivisibilité peut avoir des conséquences fâcheuses pour les tiers. Ainsi, elle permet à un débiteur de soustraire une partie de son actif à ses créanciers […] La jurisprudence a été sensible à ces critiques. Elle s'est efforcée de réduire les conséquences préjudiciables de la règle de l'indivisibilité en assurant davantage le respect des droits des créanciers du débiteur en compte courant » ; *adde* M. GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, *op. cit.*, pp. 197 à 206, nos 299 à 307, qui entend « redéfinir la portée véritable de l'indivisibilité du compte-courant ».

(370) Voy. ainsi Chr. BIQUET-MATHIEU, *Le sort des intérêts dans le droit du crédit — Actualité ou désuétude du Code civil ?*, *op. cit.*, pp. 262 et 263, n° 144, à propos de l'écartement des exigences posées par l'article 1154 du Code civil quant à l'anatocisme des découverts en banque : « Au demeurant […] encore et surtout faudrait-il que l'effet novatoire imprimé par la théorie classique au compte courant […] soit effectivement de nature à faire échec à l'application de l'article 1154. Or, rien n'est moins sûr. Dans la mesure, en effet, où l'effet novatoire découle de la convention des parties et non de la loi, il ne nous paraît pas de nature à faire échec à une disposition contraignante telle celle de l'article 1154 ».

(371) C. HOUSSA, « La saisie-arrêt en matière bancaire », *op. cit.*, p. 77.

(372) J. BAUGAS, *La saisie-arrêt des comptes courants et la théorie de l'indivisibilité*, *op. cit.*, pp. 83 à 88, n° 89.

(373) C. HOUSSA, « La saisie-arrêt en matière bancaire », *op. cit.*, p. 76 ; J.-M. NELISSEN GRADE, « Derdenbeslag op bankrekeningen », *op. cit.*, p. 680, n° 4 ; R. MARTIN, *Saisie-attribution*, *op. cit.*, p. 12, n° 166 ; S. CIMAMONTI, *Biens insaisissables — Étendue*, *op. cit.*, n° 89 ; O. SALATI, « Comptes et voies d'exécution », *op. cit.*, sp. p. 209, n° 13.

(374) S. CIMAMONTI, *Biens insaisissables — Étendue*, *op. cit.*, nos 60 et 88 à 90 ; au sein de ces « restrictions jurisprudentielles à l'insaisissabilité », l'auteur constate que la saisissabilité a triomphé successivement de l'indivisibilité conventionnelle procédant du compte-courant, de l'affectation spéciale donnée à une ouverture de crédit, mise à disposition, de l'indisponibilité légale de l'immeuble familial et du caractère personnel des dommages-intérêts réparant une atteinte à la personne.

DBL5151.book Page 285 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

lité est le fait de la loi : tantôt cette dernière la prescrit directement, tantôt elle la permet, comme le confirme l'article 38 du décret du 31 juillet 1992. Or, les relations contractuelles constituant le compte courant n'ont jamais été érigées, directement ou indirectement, en cause d'insaisissabilité par un quelconque texte, que ce soit en France ou en Belgique. Nous pensons donc que si le travail jurisprudentiel n'est pas contestable, il s'est limité à restituer au principe de la saisissabilité une juste emprise jusque-là indûment entamée (375).

En conclusion, ainsi que nous l'avons déjà développé antérieurement, la distinction entre compte de dépôt et compte courant se justifie toujours, selon nous, pourvu que la qualification de compte courant soit strictement limitée aux comptes qui rencontrent réellement les qualités qui le caractérisent (376). Ces différences n'entament cependant ni le principe, ni les modalités de la saisissabilité de leur solde. Naturellement, du fait même de sa nature et des remises réciproques qui l'alimentent, le compte courant sera plus mouvementé encore que le compte bancaire ordinaire. C'est également dans le réceptacle du compte courant que se posera le plus souvent la question de l'effet de la saisie lorsque le solde provisoire est négatif et, celle, plus générale, de la possibilité de la saisie d'une ouverture de crédit. Nous étudierons ces questions dans de futurs développements (377).

SECTION 2

Les obstacles à la saisie des comptes

189. Plan de la section. Nous pensons avoir dégagé, dans la section précédente, les principes qui régissent la saisie de la monnaie scripturale. Les traits particuliers que présente cette richesse patrimoniale ne vont cependant pas sans poser des difficultés à cette occasion. C'est à l'examen de celles-ci qu'est consacrée la présente section.

Dans un premier temps, nous examinerons les embarras causés par la nature immatérielle de la monnaie scripturale (sous-section I). Ensuite, nous constaterons que d'autres limites se déduisent de la traçabilité inhérente de l'avoir en compte (sous-section II).

(375) Mme Cimamonti, dans ses développements ultérieurs, écrit d'ailleurs que par les décisions qu'elle commente, la jurisprudence a précisé que « l'insaisissabilité étant une exception, son domaine ne saurait être abusivement étendu au-delà des strictes prévisions légales » (S. CIMAMONTI, *Biens insaisissables — Étendue*, *op. cit.*, n° 87).

(376) En 1960, relevant l'existence d'une disposition légale expresse autorisant la saisie d'un « compte courant postal », M. Raynaud s'interrogeait en ces termes : « au demeurant, les principes généraux auraient justifié cette solution sans texte, s'il est vrai que le compte courant postal n'est pas un compte courant mais un simple compte de dépôts soustrait à la règle de l'indivisibilité » (P. RAYNAUD, « Jurisprudence française en matière de procédure civile », *Rev. trim. dr. civ.*, 1960, p. 728, n° 11).

(377) Voy. *infra*, n^os^ 358 à 373.

DBL5151.book Page 286 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

Sous-section I

Obstacles déduits de l'immatérialité de l'objet de la saisie

190. Plan de la sous-section. La monnaie scripturale est un avoir incorporel, constitué d'unités de paiement stockées sur un compte bancaire. Ce caractère immatériel ne reste pas sans conséquence sur l'effectivité du droit de l'exécution. On constate ainsi qu'à l'instar de toute créance, son identification dans le patrimoine du débiteur est malaisée. Ce problème sera examiné dans un premier paragraphe. Ensuite, la dimension internationale du recouvrement ne pouvant rester en dehors de nos investigations (378), nous constaterons que l'avoir scriptural exacerbe les difficultés inhérentes à l'exécution transnationale.

§ 1. La découverte de l'existence d'un compte

191. Introduction. Le lecteur aura déjà constaté que les traits particuliers de la monnaie scripturale nécessitent que des développements longs et techniques soient consacrés à l'étude des procédures d'exécution qui entendent l'appréhender. Cependant, on ne peut perdre de vue que ces mêmes caractéristiques portent également en elles le risque de rendre ces développements oiseux. Il suffirait pour cela que le support de cette monnaie présente un caractère suffisamment occulte pour en rendre la découverte sinon impossible, en tout cas délicate.

Or, précisément, la monnaie scripturale y est d'une certaine manière prédisposée. Étant un avoir immatériel, sa localisation est à l'évidence plus problématique que ne l'est celle de la richesse corporelle, mobilière ou immobilière. De plus, les établissements de crédit se montrent naturellement silencieux à propos de la fortune de leurs clients, en sorte qu'on a pu écrire que les comptes bancaires sont « voués à la discrétion » (379). En quelque sorte, si la traçabilité participe de la nature de la monnaie scripturale, encore faut-il disposer de l'accès à l'infrastructure qui seule la révèle. À défaut, la saisie-arrêt ne pourra être formée, sinon à l'aveugle et au prix d'un coût déraisonnable (380).

(378) Il est intéressant de relever que les auteurs d'un ouvrage de référence sur l'arbitrage international citent le compte bancaire comme un élément important du patrimoine en tant que gage des créanciers dans le contentieux transnational, que la réalisation soit effective ou non : A. REDFERN et M. HUNTER (avec N. BLACKABY et C. PARTASIDES), *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 2e éd., Thomson — Sweet & Maxwell, 2004, p. 514, n° 10-07, pp. 517 et 518, n^{os} 10-14.

(379) R. PERROT et Ph. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, *op. cit.*, p. 347, n° 328.

(380) Signe de la difficulté à localiser la fortune scripturale d'un débiteur, en particulier dans un contexte transnational, voy. Bruxelles (8^{e} ch.), 4 mars 2002, inédit, R.G. n° 02-QR-14, disponible sur www.juridat.be, où la cour d'appel de Bruxelles autorisa une saisie-arrêt entre les mains de pas moins de 11 banques différentes.

DBL5151.book Page 287 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

Aussi, sous peine de faire œuvre inutile, il nous faut examiner ici les moyens dont dispose un créancier pour déceler l'existence de monnaie scripturale dans le patrimoine de son débiteur. Cette question participe du thème plus global de la transparence patrimoniale, qui est une préoccupation fondamentale pour l'efficacité du droit de l'exécution (381). Nous verrons d'ailleurs qu'elle retient l'attention des instances européennes. Naturellement, nous n'évoquerons ici que la recherche des comptes ouverts auprès des établissements de crédit et renvoyons à de remarquables études le lecteur intéressé par les autres aspects relevant de ce débat (382).

192. Plan. Dans un premier paragraphe, nous procéderons à un inventaire, *de lege lata*, des sources d'informations à la portée d'un créancier à la recherche de l'avoir en compte de son débiteur. Ensuite, face à la relative insuffisance du droit positif, nous tracerons quelques pistes de réflexion.

A. *De lege lata*

193. Au-delà du secteur économique… De quelles manières l'avoir en compte d'un débiteur peut-il être découvert ? Le droit positif recèle quelques possibilités en matière commerciale. Ainsi, aux termes de l'article 1er, alinéa 1er, de l'arrêté royal du 10 novembre 1967 favorisant l'usage de la monnaie scripturale, tel que modifié par la loi du 22 mars 1993, tout commerçant est tenu d'être titulaire d'un compte bancaire et

(381) G. de LEVAL, *Éléments de procédure civile*, 2e éd., Larcier, Collection de la Faculté de droit de l'Université de Liège, 2005, p. 381, n° 275 ; « La protection des intérêts du créancier repose sur la possibilité d'obtenir des informations lui permettant de procéder à l'exécution » (N. FRICERO, « La consécration européenne du droit à l'exécution », in *L'aménagement du droit de l'exécution dans l'espace communautaire — Bientôt les premiers instruments*, Éditions juridiques et techniques, Collection Passerelle, 2003, pp. 61 et s., sp. pp. 73 et 74) ; voy. ég. R. PERROT et Ph. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, *op. cit.*, p. 346, n° 328 ; E. LEROY, « La transparence patrimoniale en droit international », in *La transparence patrimoniale : condition nécessaire et insuffisante du titre conservatoire européen ?*, Éditions juridiques et techniques, 2001, pp. 138 et s., sp. p. 139 ; Mme Kennett parle de l'accès aux informations patrimoniales comme d'un « central concern in enforcement » (W. KENNETT, « Enforcement : general report », in *Procedural laws in Europe — Towards harmonisation*, Maklu, 2003, pp. 79 et s., sp. p. 108) ; on relève enfin que l'article 9 des principes élaborés en 1996 par l'Association de droit international à propos des mesures provisoires et conservatoires dans les litiges internationaux traite de l'accès à l'information sur les avoirs du débiteur ; selon ses auteurs, cette résolution a été écrite « bearing in mind a paradigm case […] of measures to freeze the assets of the defendant held in the form of sums on deposit in a bank account with a third party bank » (article 2) ; sur ces principes, voy. C. KESSEDJIAN, « Mesures provisoires et conservatoires. À propos d'une résolution adoptée par l'association de droit international », *J.D.I.*, 1997, pp. 103 et s., sp. p. 108.

(382) Voy. particulièrement E. LEROY, « L'efficacité des procédures judiciaires au sein de l'Union européenne et les garanties des droits de la défense — Transparence patrimoniale », in *L'efficacité de la justice civile en Europe*, Larcier, 2000, pp. 271 et s., et, du même auteur, « La transparence patrimoniale en droit belge », in *La transparence patrimoniale — Condition nécessaire et insuffisante du titre conservatoire européen ?*, Éditions juridiques et techniques, 2001, pp. 329 et s.

DBL5151.book Page 288 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

doit en indiquer la domiciliation et le numéro sur les factures, relevés de compte ou autres documents par lesquels il réclame paiement. Cette information peut être utile si, pour une quelconque raison, le créancier initial devient débiteur du destinataire du document révélant la titularité du compte bancaire.

La récente réforme de la publicité des données relatives au monde économique au sens large amplifie quelque peu l'information à cet égard. On sait que la Banque-Carrefour des entreprises, registre créé au sein du service public fédéral Économie, P.M.E., Classes moyennes et Énergie et associé à un numéro unique d'entreprise, est chargée de l'enregistrement, de la sauvegarde, de la gestion et de la mise à disposition d'informations portant sur l'identification des entreprises (article 3 de la loi du 16 janvier 2003 portant création d'une Banque-Carrefour des entreprises, modernisation du registre de commerce, création de guichets-entreprises agréés et portant diverses dispositions) (383). La consultation des données concernant les entreprises commerciales ou artisanales contenues dans ce registre s'opère auprès des guichets d'entreprises organisés par le titre IV de la loi (384), un accès plus limité étant néanmoins possible par Internet (385).

L'article 21, § 1er, de la loi du 16 janvier 2003 consacre ainsi le droit de toute personne à prendre connaissance des données du registre de commerce concernant une entreprise commerciale ou artisanale déterminée, auprès d'un guichet d'entreprise et se faire délivrer copie ou extrait intégral ou partiel du registre (386). Il ressort d'une lecture combinée des articles 17 et 37 de cette loi avec les articles 2, § 1er, alinéa 2, 5°,

(383) *M.B.*, 5 février 2003.

(384) Pour les modalités de consultation, voy. spécialement, parmi les nombreux arrêtés d'exécution pris en application de la loi, l'arrêté royal du 19 juin 2003 portant sur les modalités d'accès à la Banque-Carrefour des entreprises, *M.B.*, 27 juin 2003 et l'arrêté royal du 4 juillet 2004 concernant la consultation, la copie et les extraits des données dans la Banque-Carrefour des entreprises, ainsi que l'accès à ces données, autrement que par internet, *M.B.*, 22 juillet 2004 ; en vertu de l'article 50, § 2, de la loi du 16 janvier 2003, la liste des guichets d'entreprises agréés est annuellement publiée avant chaque 31 mars (voy. ainsi la liste publiée au *Moniteur belge* du 19 mai 2004 et un bref *erratum* publié le 11 octobre 2004).

(385) Aux termes de l'article 7, § 1er, de l'arrêté royal du 19 juin 2003, « un accès est accordé, via Internet, à tous les citoyens et les entreprises aux données suivantes de la Banque-Carrefour des entreprises : le numéro d'entreprise et le numéro d'unité d'établissement, les dénominations de l'entreprise ou de ses unités d'établissement, sa forme juridique, les adresses de l'entreprise ou de ses unités d'établissement, le numéro de téléphone et l'adresse e-mail de l'entreprise ou de son unité d'établissement, les activités économiques de l'entreprise ou de son unité d'établissement, les agréments, les autorisations ou enregistrements dont l'entreprise dispose, pour autant que ceux-ci présentent un intérêt pour des tiers, les dates d'origine de ces renseignements » ; pour la consultation en ligne, voy. le site du service public fédéral à la compétence duquel ressortit la Banque (http://mineco.fgov.be), qui ne fournit cependant pas toutes les données visées à l'article 7 précité.

(386) Le registre de commerce est en effet un « répertoire compris dans la Banque-Carrefour des entreprises contenant les données concernant les entreprises commerciales et artisanales enregistrées dans la Banque-Carrefour des entreprises » (article 2, 8°, de la loi du 16 janvier 2003 précitée).

DBL5151.book Page 289 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

et 3, de l'arrêté royal du 22 juin 2003 relatif à l'inscription, la modification et la radiation de l'inscription, des entreprises commerciales et artisanales dans la Banque-Carrefour des entreprises, que parmi les données accessibles sans autorisation préalable figure « le numéro ou les numéros des comptes financiers de l'entreprise ». La consultation se fait par la délivrance d'une copie ou d'un extrait, par entreprise ou par unité d'établissement, de l'inscription intégrale ou partielle, sauf si l'intéressé y renonce et utilise le matériel informatique mis à sa disposition par le guichet d'entreprises en vue de cette consultation (387).

Par ailleurs, il est également essentiel de relever qu'en vertu de l'article 13 de la loi du 16 janvier 2003, « tous les actes, factures, annonces, communications, lettres, ordres et autres pièces émanant des entreprises commerciales ou artisanales » doivent toujours mentionner, outre le numéro d'entreprise, la domiciliation ainsi que le numéro d'au moins un compte dont l'entreprise est titulaire auprès d'un établissement de crédit établi en Belgique, autre qu'une caisse d'épargne communale, régi par la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit.

En résumé, un créancier peut obtenir, soit par le simple fait qu'il est ou a été en relation avec son débiteur, soit au terme d'une recherche assez simple et peu coûteuse, l'information nécessaire à la signification d'une saisie-arrêt entre les mains d'un établissement de crédit. Le constat est heureux, mais insuffisant. En effet, pour peu que ce partenaire économique soit inspiré par l'intention de masquer ses avoirs bancaires, il se peut que l'essentiel de sa fortune scripturale se trouve déposé auprès d'un autre établissement de crédit que celui associé au compte indiqué (388). Par ailleurs, cette double information prévue par la loi du 16 janvier 2003 voit son champ d'application *ratione personae* assez limité ; il ne s'agit que des entreprises commerciales et artisanales (389). Les autres personnes physiques et morales enregistrées dans la Banque-Carrefour des entreprises n'y sont pas astreintes (390). On pense notamment aux associations sans but lucratif et aux professions libérales.

(387) Article 4 de l'arrêté royal du 4 juillet 2004 concernant la consultation, la copie et les extraits des données dans la Banque-Carrefour des entreprises, ainsi que l'accès à ces données, autrement que par internet ; le coût de la délivrance s'élève à 5 euros indexables (articles 5 et 6 du même arrêté royal).

(388) Si la monnaie scripturale « dissimulée » l'est auprès du même établissement de crédit, le libellé habituel de l'exploit d'huissier l'appréhendera également.

(389) Voy. les définitions visées aux articles 2, 4° et 5°, et 4 de la loi du 16 janvier 2003.

(390) En vertu de l'article 4 de la loi du 16 janvier 2003,

« Sont enregistrées dans la Banque-Carrefour des entreprises, des informations relatives :

1° aux personnes morales de droit belge ;

2° aux personnes morales de droit étranger ou international qui disposent d'un siège en Belgique ou qui doivent se faire enregistrer en exécution d'une obligation imposée par la législation belge ;

3° à toute personne physique, morale ou toute association qui en Belgique :

– soit agit en qualité d'entreprise commerciale ou artisanale ;

DBL5151.book Page 290 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

194. … peu de salut. Ainsi, l'essentiel de la population belge conserve un caractère occulte à son avoir scriptural. Plus précisément, aucun texte, à notre connaissance, n'expose ces comptes à une quelconque publicité dont pourrait tirer parti un créancier impayé. Il faut certes réserver l'existence du fichier des saisies, visé aux articles 1390 à 1391 du Code judiciaire et dont on attend depuis maintenant cinq ans l'effectivité de la centralisation et de l'informatisation voulues par la loi du 29 mai 2000. Par la consultation de ce fichier, le créancier aura connaissance de l'identité du tiers saisi et pourra soit se joindre à la poursuite, soit opérer une saisie à son tour. Le mode actuel de tenue de ce fichier n'en fait cependant pas un instrument efficace, voire simplement fiable, dans tous les arrondissements judiciaires. Ces défauts justifiaient d'ailleurs l'intervention législative survenue en 2000, mais non encore entrée en vigueur.

Confronté à cette situation, le créancier pourrait être tenté de s'adresser à un établissement de crédit particulier, voire à l'Association belge des banques et des agents de change, afin d'obtenir des informations à cet égard, en établissant sa créance et l'intensité de sa reconnaissance dans l'ordre juridique. En l'état actuel des textes, c'est malheureusement peine perdue, pour les raisons que nous allons voir.

195. Pas de secret bancaire, mais une obligation de discrétion. De nos jours, il n'est plus guère soutenu que les établissements de crédit seraient dépositaires en Belgique d'un secret professionnel. L'existence d'un tel devoir dans leur chef, ainsi que le risque corrélatif de sanction pénale en cas de violation de cette obligation, ont été écartés par la Cour de cassation dans un célèbre arrêt du 25 octobre 1978 (391). Il n'y a donc pas de secret bancaire en droit belge, sous la réserve de dispositions particulières, au champ d'application controversé, régissant les relations entre le fisc et les établissements de crédit (392). Cependant, il est admis que ces

– soit est soumise à la sécurité sociale en tant qu'employeur ;

– soit est soumise à la taxe sur la valeur ajoutée ;

– soit exerce une profession intellectuelle, libre ou de prestataire de services, en qualité d'indépendant ;

4° ainsi qu'aux unités d'établissement des personnes visées aux 1°, 2° et 3°, pour autant que l'enregistrement de cette unité d'établissement soit nécessaire pour l'exécution de la législation belge ».

(391) Cass. (2e ch.), 25 oct. 1978, *Pas.*, 1979, I, p. 237, *J.T.*, 1979, pp. 371 et s. avec obs. A. BRUYNEEL, « Le secret bancaire en Belgique après l'arrêt du 25 octobre 1978 » ; *adde* D. SPIELMANN, « Aspects internationaux du secret bancaire luxembourgeois », in *Le droit bancaire confronté au droit pénal européen*, Les dossiers de la Revue de droit pénal et de criminologie, La Charte, 2004, pp. 77 et s., sp. p. 79.

(392) « Il n'y a pas de secret bancaire en Belgique. Tout au plus le Code des impôts sur les revenus interdit-il au fisc, dans le but d'éviter des investigations systématiques qui porteraient atteinte au respect de la vie privée des contribuables, d'utiliser le contrôle fiscal des banques comme méthode de détermination du revenu imposable de leurs clients, et encore pour autant qu'il n'y ait pas de fraude de leur part » (A. ZENNER, « Les limites du devoir de discrétion du banquier vis-à-vis du fisc », *R.G.F.*, 2002, pp. 223 et s., sp. p. 223) ; *adde* Ph. MALHERBE, « Le secret bancaire en Belgique et en Europe », *R.G.F.*, 1996, pp. 351 et s. et 397 et s. ; Ph. MIHAIL, « La portée et les raisons du secret bancaire en Belgique », *R.G.F.*, 2003, n° 2, pp. 2 et s.

DBL5151.book Page 291 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

établissements sont tenus à l'égard de leurs clients à une obligation contractuelle de discrétion (393), dont ils se prévalent pour refuser toute information à un créancier poursuivant, fût-il assisté d'un avocat ou d'un huissier de justice, et quel que soit le degré de consécration de sa créance (394), à moins qu'une saisie-arrêt ne soit formée entre leurs mains (395). C'est dans cette perspective que M. Delleci appelle de ses vœux une prise en considération de la position délicate de l'établissement de crédit dans l'élaboration d'un futur instrument européen relatif à la saisie du compte bancaire (396).

Notons cependant que l'Association belge des banques et des agents de change a pris une initiative dans la perspective de permettre aux héritiers la découverte des comptes bancaires d'une succession qui les intéresse (397). Il s'agit là d'un heureux précédent dont les créanciers pourraient tenter de se prévaloir. En effet, on ne voit pas bien en quoi les intérêts des héritiers devraient être mieux protégés que ceux des créanciers. Ces justiciables ne sont-ils pas tous à la recherche d'une légitime jouissance de leur avoir (398) ? Le recours au pouvoir judiciaire consacre l'efficacité d'une telle investigation.

196. Le détour par le juge. Comme l'a écrit M. Leroy, « il est admis qu'un créancier peut demander au juge des saisies, voire au juge des référés en cas d'extrême urgence, d'ordonner éventuellement sous

(393) A. BRUYNEEL, « Le secret bancaire en Belgique après l'arrêt du 25 octobre 1978 », *op. cit.*, p. 378, n° 20 ; l'auteur fait référence à une « évolution en cours vers plus d'information et de transparence dans la vie économique et sociale » (*ibid.*, p. 371, n° 2) ; malheureusement, l'évolution n'est à notre estime pas encore suffisamment aboutie.

(394) A. VERBEKE, « Information sur le patrimoine. Nécessité d'un droit d'exécution équilibré », in *Le rôle social et économique de l'huissier de justice*, Story-Scientia, 2000, pp. 161 et s., sp. p. 175, n° 31 ; E. LEROY, « L'efficacité des procédures judiciaires au sein de l'Union européenne et les garanties des droits de la défense — Transparence patrimoniale », *op. cit.*, sp. p. 356, n° 240 et p. 368, n^{os} 268 à 271.

(395) O. POELMANS et D. BLOMMAERT, « Le secret bancaire en Belgique », *Gaz. Pal.*, 8 et 9 juin 2005, pp. 16 et s., sp. n° 16, n° 3.

(396) 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. pp. 266 et 267 ; il s'impose, selon cet auteur, d'expressément autoriser la banque à donner à un agent de recouvrement les informations propres à renseigner le créancier saisissant ; pour de plus amples considérations *de lege ferenda*, voy. *infra*, n^{os} 199 et s.

(397) Voy. la rubrique « Informations pratiques » du site www.abb-bvb.be ; la demande adressée par les héritiers à l'Association belge des banques doit contenir les nom, prénom, adresse, lieu et date de naissance et de décès, nom et adresse de la personne sollicitant les informations, un certificat de décès officiel et un acte de notoriété ou une déclaration de droits successifs établissant que la personne qui a introduit la demande est bel et bien héritière de la personne défunte ; notons au passage qu'au Grand-Duché de Luxembourg, où existe un véritable secret bancaire, il est admis qu'il est inopposable aux héritiers réservataires (J.-L. SCHILTZ et F. SCHILTZ, « Le secret bancaire face aux tiers devant le juge civil », in *Droit bancaire et financier au Luxembourg*, vol. 1, Larcier, 2004, pp. 701 et s., sp. pp. 310 à 317, n^{os} 10-6 à 10-21).

(398) On rappelle que « l'article 1er du Protocole n° 1 concerne tant les biens meubles que les biens immeubles, les droits réels que les droits de créance » (V. SÉPULCHRE, *Droits de l'homme et libertés fondamentales en droit fiscal*, Larcier, 2005, p. 452, n° 767).

DBL5151.book Page 292 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

astreinte au débiteur ou à des tiers (ces tiers pouvant être un particulier, un organisme financier, voire une administration publique) la production de toute pièce pertinente permettant de découvrir ou de localiser les éléments d'actifs celés par le débiteur en vue d'échapper aux poursuites de ses créanciers » (399). L'auteur constate cependant qu'il n'est que trop rarement recouru à ces procédures de production forcée de document, que le Code judiciaire envisage, dans le cadre du procès civil, comme un adjuvant au rapport de la preuve.

M. Leroy cite cependant une décision inédite du président du tribunal de première instance de Charleroi siégeant en référé, qui, sur requête unilatérale, a autorisé l'Association belge des banques à fournir au demandeur tous les numéros de comptes généralement quelconques et coffres bancaires loués auprès d'une institution financière en Belgique par son épouse (400). En l'espèce, l'épouse avait profité de l'absence de son mari pour vider les comptes bancaires et coffres ouverts auprès de l'établissement de crédit commun. Une disparition de ces avoirs était redoutée. Il y avait incontestablement urgence et absolue nécessité. Ne peut-on généraliser la solution si un créancier parvient à justifier de l'absolue nécessité déduite de procédures antérieures infructueuses et de risque sérieux de survenance d'insolvabilité du débiteur ? M. Leroy l'affirme et nous ne pouvons que le rejoindre (401).

Une autre décision assigne la procédure de production de document au service du droit de l'exécution et reçoit à ce titre l'approbation de M. de Leval (402). Il s'agit d'un arrêt de la cour d'appel de Liège du 13 juin 2003 (403). Dans cette affaire, le fisc avait procédé à une saisie-arrêt simplifiée entre les mains d'un organisme de crédit dans la perspective du recouvrement d'impôts impayés par un contribuable depuis lors décédé. Dans sa déclaration de tiers saisi, la banque avait entendu se borner à signaler que le compte qui avait été ouvert par le défunt avait été clôturé en son temps. Interrogée par le fisc sur l'identité de la personne qui avait clôturé le compte, l'établissement de crédit entendait se retrancher derrière son devoir de discrétion. Le fisc porta l'affaire devant

(399) E. LEROY, Intervention in *La transparence patrimoniale : condition nécessaire et insuffisante du titre conservatoire européen*, Éditions juridiques et techniques, 2001, sp. p. 53 ; en ce sens ég., G. de LEVAL, *Traité des saisies*, *op. cit.*, p. 622 et « L'efficacité des saisies-exécutions », *J.T.*, 1985, pp. 133 et s., sp. p. 135, n° 8.

(400) E. LEROY, « La transparence patrimoniale en droit belge », in *La transparence patrimoniale : condition nécessaire et insuffisante du titre conservatoire européen*, *op. cit.*, p. 389, note n° 213.

(401) M. Cuniberti constate que la Cour de cassation française autorise la saisine d'un juge des référés pour obtenir d'un tiers qu'il communique l'adresse d'un débiteur en présence d'une dissimulation frauduleuse par le débiteur de sa localisation (G. CUNIBERTI, Intervention in *La transparence patrimoniale : condition nécessaire et insuffisante du titre conservatoire européen*, *op. cit.*, p. 33).

(402) G. de LEVAL, *Éléments de procédure civile*, *op. cit.*, p. 386, n° 277, et la note n° 96.

(403) Liège (9e ch.), 13 juin 2003, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1728.

DBL5151.book Page 293 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

une chambre ordinaire du tribunal de première instance de Liège ; cette dernière fit droit à la demande et la cour d'appel confirma en ces termes cette décision : « Lorsqu'il apparaît qu'une créance d'impôt à charge d'un défunt semble impossible à recouvrer en raison de la disparition de fonds au moment de la saisie sur son compte bancaire et que l'administration était fondée à soupçonner que, depuis le jour du décès, un tiers avait pu clôturer frauduleusement le compte à son préjudice, elle est en droit de solliciter la production de document, sur la base de l'article 877 du Code judiciaire, en vue de résoudre cette difficulté d'exécution. Si la procédure de saisie-arrêt, qui est d'ordre public, ne peut certes être détournée par le fisc afin de rechercher de la matière imposable, tel n'est pas le cas lorsqu'il s'agit effectivement de recouvrer des sommes déjà dues à titre d'impôt au sujet desquelles des mesures de production de documents peuvent être demandées en justice. En l'espèce, en s'appropriant les sommes dues à l'État et constituant le gage de celui-ci, la personne qui a vidé le compte litigieux se rendait titulaire d'une obligation de remboursement à l'égard du fisc dont celui-ci avait le droit de rapporter la preuve, notamment en ce qui concerne l'identité de ce nouveau débiteur potentiel. À supposer que la banque ait trouvé, au nom de son obligation de discrétion, un motif légitime de protéger le responsable de ce qui pouvait apparaître comme une appropriation illégale de sommes d'argent, la loi donne au juge le pouvoir de passer outre au refus de la banque ». Il s'agit indubitablement d'une jurisprudence constante de la neuvième chambre de la cour d'appel de Liège, puisqu'un arrêt ultérieur du 28 novembre 2003 a également statué en ce sens (404).

Le fait de soumettre au juge une demande visant à titre principal à obtenir des renseignements patrimoniaux met en œuvre une technique qui n'a rien d'inédit. La production de documents, envisagée par le Code

(404) Liège (9e ch.), 28 nov. 2003, inédit, R.G. n° 2002/1651 ; l'arrêt est particulièrement intéressant en ce qu'il révèle que la cour a, dans le nécessaire et évident respect des droits de la défense, substitué d'office, comme fondement légal à la demande de l'administration à obtenir des renseignements de la part d'un établissement de crédit, l'article 877 du Code judiciaire au très controversé article 319*bis* du C.I.R. 1992 ; selon les judicieux motifs de la cour, « la citation [...] tend en réalité à l'obtention de documents bancaires basés sur des écritures comptables et matérialisant un certain nombre de renseignements ; elle se fonde sur un article dont l'application est controversée, les banques refusant généralement de produire de tels documents à l'administration alors pourtant que celle-ci pourrait en toute hypothèse les y contraindre judiciairement ; d'un autre côté en effet, les conditions d'application de l'article 877 du Code judiciaire sont manifestement réunies, le juge pouvant y recourir d'office en l'espèce, compte tenu des présomptions graves, précises et concordantes de la détention par l'intimée des documents contenant la preuve des faits sous-tendant le litige qui sont évoqués dans la demande de renseignements susvisée » ; à la question de savoir si l'article 319*bis* du C.I.R. 1992 permet au receveur de solliciter des renseignements de la part des établissements de crédit, une réponse positive a été donnée par une décision du tribunal de commerce de Charleroi (Comm. Charleroi, 1re ch., 4 nov. 2003, *J.L.M.B.*, 2005, pp. 963 et s., avec note critique M. DAUBE, « De l'obligation, dans le chef d'une banque, de fournir les renseignements sollicités par le receveur sur la base de l'article 319*bis* du code des impôts sur les revenus 1992 » et note approbatrice E. MERCIER, « Les pouvoirs d'investigations du receveur des contributions face aux banques » ; voy. ég. les décisions inédites du tribunal de première instance citées par ce dernier auteur.

DBL5151.book Page 294 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

judiciaire comme un incident probatoire, peut en effet être sollicitée à titre principal, ainsi que l'ont montré MM. Van Leynseele et Dal (405). Le recours au juge permet donc de surmonter la discrétion bancaire. À nos yeux, le *nihil obstat* du juge peut être consenti sans qu'il soit requis du créancier qu'il établisse des manœuvres frauduleuses de son débiteur. Il suffira au créancier de démontrer la véracité de son titre et les échecs qu'il a jusque là subis dans ses tentatives de recouvrement. L'utilisation de la monnaie scripturale, consacrée comme on l'a vu par un droit au compte bancaire, et protégée comme on le verra par un report de saisissabilité, ne peut de surcroît se caractériser par une soustraction de fait aux poursuites du créancier. Le devoir de collaboration des tiers à l'œuvre de justice prime un devoir conventionnel de discrétion. Les établissements de crédit connaissent d'ailleurs des obligations toujours plus nombreuses en matière de lutte contre le blanchiment d'argent.

Cependant, pour précieuse qu'elle soit, cette solution n'est qu'un pis-aller. Si le créancier doit mettre en œuvre une procédure ordinaire et contradictoire, il n'obtiendra pas l'information souhaitée avant des mois, sinon des années. Une procédure en référé s'imposera. La requête unilatérale ne sera cependant admissible qu'en cas d'absolue nécessité, comme l'impose l'article 584, alinéa 3, du Code judiciaire.

Un autre vice de la solution que nous proposons ici est le coût inhérent à toute procédure en justice. Une intervention du législateur s'impose manifestement pour faciliter, tout en les balisant, les investigations auprès des établissements de crédit. Avant d'évoquer les suggestions que nous proposons, il nous paraît utile d'apprécier l'évolution du droit belge en matière de transparence patrimoniale.

197. Timides apparitions de la transparence patrimoniale. Quelques interventions législatives assez récentes ont promu une certaine forme de transparence patrimoniale en Belgique. Ainsi en est-il lorsqu'est sollicité le bénéfice de l'application de l'article 1409*bis* du Code judiciaire. Cette disposition permet aux personnes ne bénéficiant pas de revenus automatiquement protégés par des règles d'insaisissabilité de postuler que certaines sommes qu'ils perçoivent revêtent ce caractère. Dans la perspective évidente d'assurer au juge des saisies une information complète sur la précarité du débiteur, la doctrine impose à ce dernier une déclaration de patrimoine (406).

(405) P. VAN LEYNSEELE et M. DAL, « Pour un modèle belge de la procédure de discovery ? », *J.T.*, 1997, pp. 225 et s., sp. p. 227, n° 21.

(406) 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. p. 95 : « Contrairement à celle qui résulte de l'article 1409, cette protection n'est pas automatique [...] Pour en bénéficier, le débiteur doit fournir le relevé de ses biens (une déclaration de patrimoine) afin qu'en aucun cas, il ne bénéficie de cette règle tout en disposant d'autres sources de revenus ».

DBL5151.book Page 295 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

De même, en matière de règlement collectif de dettes, la requête déposée à cette fin par celui qui n'est pas en état, de manière durable, de payer ses dettes doit contenir un état détaillé et estimatif des éléments d'actif et passif de son patrimoine (article 1675/4, § 2, 7°, du Code judiciaire). Il s'agit de la conception, de plus en plus et à juste titre exprimée, selon laquelle une faveur consentie à un débiteur doit s'accompagner d'une sincérité sans faille.

Cette même procédure de règlement collectif de dettes était allée plus loin en permettant au médiateur de dettes de solliciter de tous tiers quelconques la fourniture de renseignements, entre autres quant à la composition et la localisation du patrimoine du débiteur (407). L'article 1675/8, alinéa 2, du Code judiciaire prévoyait expressément que le tiers tenu au secret professionnel ou au devoir de réserve ne pouvait s'en prévaloir. Cette disposition a subi la censure de la Cour d'arbitrage en tant qu'elle s'appliquait aux avocats (408). Cependant, la critique de la Cour constitutionnelle n'a pas porté sur le principe même de l'écartement du secret professionnel de l'avocat mais, sur le caractère automatique, et partant disproportionné, de la dérogation (409). À notre connaissance, l'application de l'article 1675/8 aux établissements de crédit n'a posé aucun problème.

La récente réforme des dispositions du Code judiciaire relatives au règlement collectif de dettes confirme le principe du pouvoir d'investigation du médiateur. Suite à la promulgation de la loi du 13 décembre 2005, l'article 1675/8, alinéas 2 et 3, du Code judiciaire, dispose désormais : « Lorsque le médiateur de dettes estime nécessaire de

(407) Pour une illustration, voy. Civ. Tongres (sais.), 14 juill. 2003, T. Not., 2003, pp. 652 et s. ; dans cette affaire, le médiateur de dettes avait appris que la personne surendettée se serait vu reconnaître des droits à concurrence de plus ou moins 44 000 euros dans le cadre d'une succession ; le notaire interrogé à ce sujet par le médiateur se retrancha derrière le secret professionnel ; saisi d'une demande en ce sens, le juge des saisies ordonna au notaire de communiquer au médiateur de dettes si des droits successoraux avaient été reconnus à la personne médiée, et, dans l'affirmative, à concurrence de quel montant et quels étaient la date et le destinataire du versement.

(408) C.A., 3 mai 2000, n° 46/2000, *M.B.*, 8 juin 2000, p. 20.144, *J.L.M.B.*, 2000, p. 868, *J.T.*, 2000, p. 603, *Annuaire juridique du crédit*, 1999, p. 259, note D. NOEL, « Entre droit de la preuve et droit au secret : le secret professionnel ou la boîte de Pandore », *Juristenkrant*, 2000, n° 12, p. 8, avec note E. BREWAEYS, R.D.J.P., 2001, p. 96, *R.W.*, 2000-2001, p. 506, avec note E. DIRIX, « Beroepsgeheim versus crediteursbelang », *R.G.D.C.*, 2002, p. 452, avec note A. THILLY, « Une victoire pour le secret professionnel ? » ; on ne peut qu'être d'accord avec M. Dirix lorsqu'il écrit qu'il n'est pas concevable que l'avocat fournisse un asile financier à un débiteur (E. DIRIX, « Beroepsgeheim versus crediteursbelang », *op. cit.*, p. 508, n° 3).

(409) Voy. en ce sens l'exposé des motifs du projet de loi portant des dispositions diverses relatives aux délais, à la requête contradictoire et à la procédure en règlement collectif de dette, *Doc. parl.*, Ch. repr., n° 51-1309/001, p. 13 : « L'article 1675/8, alinéa 2, du Code judiciaire est modifié à la suite de son annulation partielle par l'arrêt de la Cour d'arbitrage n° 46/2000 du 3 mai 2000, dans la mesure où il s'applique aux avocats. La Cour a estimé, tout d'abord, que la levée du secret professionnel est une mesure pertinente pour garantir la transparence patrimoniale et que la règle du secret professionnel doit s'effacer lorsqu'une nécessité l'impose ou lorsqu'une valeur supérieure entre en conflit avec elle. Mais la levée du secret professionnel, autorisée par l'actuel article 1675/8, alinéa 2, du Code judiciaire, constitue par son caractère absolu et inconditionnel une atteinte disproportionnée à la garantie que représente le secret professionnel pour le débiteur et son avocat ».

DBL5151.book Page 296 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

recueillir des informations complémentaires sur la situation patrimoniale du requérant, il peut solliciter du juge que les tiers soumis au secret professionnel ou au devoir de réserve en soient déliés et qu'il leur soit ordonné de fournir les renseignements demandés, sauf pour eux à faire valoir leurs observations au juge par écrit ou en chambre du conseil. Le cas échéant, dès réception de la demande du médiateur, le juge en informe par pli judiciaire l'autorité ordinale ou disciplinaire dont dépend le tiers. Celle-ci dispose d'un délai de trente jours pour adresser au juge un avis sur la demande du médiateur. À défaut d'avis, celui-ci est présumé favorable. Si le juge s'écarte de l'avis, il en précise les raisons dans sa décision » (410).

L'alignement de la simple obligation de discrétion sur le régime du secret professionnel, opéré par l'exposé des motifs du projet de loi à l'origine de la réforme (411), s'inscrit dans la cohérence des articles 878 et 929 du Code civil. Quoi qu'il en soit, on ne perdra pas de vue que la remise de dettes n'est concevable qu'accompagnée de sacrifices (412). Le juge saisi de la demande devra donc, à nos yeux, rejeter en principe

(410) Loi du 13 décembre 2005 portant des dispositions diverses relatives aux délais, à la requête contradictoire et à la procédure en règlement collectif de dettes (*M.B.*, 21 déc. 2005, 1ère éd.) ; sur cette réforme, voy. G. de LEVAL, V. GRELLA et J.-L. LEDOUX, « Règlement Collectif de dettes », in *Actualités en droit judiciaire*, Formation permanente C.U.P., vol. 83, 2005, pp. 241 et s.

(411) « […] la portée de la motivation de la Cour d'arbitrage concerne quiconque est tenu au secret professionnel, de même que les tiers soumis au devoir de réserve. La modification prévoit par conséquent que les tiers tenus au secret professionnel ou au devoir de réserve peuvent en être déliés par le juge, si le médiateur estime nécessaire l'obtention d'informations complémentaires sur la situation patrimoniale du requérant, sauf pour eux à faire valoir leurs observations par écrit ou en chambre du conseil. En fonction de celles-ci, il sera décidé dans quelle mesure le secret professionnel ou le devoir de réserve peut être invoqué. Le cas échéant, cela permet également aux autorités disciplinaires d'émettre leurs observations à cet égard […] Il est […] précisé que cette demande de levée du secret ne peut être formulée que dans l'hypothèse où le médiateur estime nécessaire l'obtention d'informations complémentaires sur la situation patrimoniale du débiteur […] Le juge devra donc apprécier la pertinence de la demande et la nécessité qu'il y a pour le médiateur à disposer de ces informations complémentaires avant d'ordonner au tiers de fournir les renseignements demandés. Il est en outre précisé que le tiers tenu au secret professionnel ou au devoir de réserve peut faire valoir ses observations, en fonction desquelles la levée de cette obligation sera ou non ordonnée. Il y a donc également un pouvoir d'appréciation dans le chef du juge à ce stade. Enfin, comme il a été précisé ci-dessus, le requérant est entendu lorsqu'une telle demande est formulée, de sorte qu'il peut à la fois contester le bien fondé de la demande du médiateur, tout comme il peut contester le principe de la levée du secret professionnel » (Projet de loi portant des dispositions diverses relatives aux délais, à la requête contradictoire et à la procédure en règlement collectif de dette, *Doc. parl.*, Ch. repr., n° 51-1309/001, pp. 13 et 14) ; sur les discussions qui ont abouti à la teneur de ce texte, voy., le Rapport fait au nom de la commission de la Justice par Mme H. Claes, *Doc. parl.*, Ch. repr., n° 51-1309/12, pp. 55 à 63.

(412) Voy., en ce sens, le Rapport fait au nom de la commission de la Justice par Mme H. Claes, *Doc. parl.*, Chr. repr., n° 51-1309/12, p. p. 57 : « La ministre fait observer que le règlement collectif de dettes est une procédure exceptionnelle ayant des effets particuliers. Dans le cadre du plan de règlement, les deux parties sont invitées à fournir de sérieux efforts. Les créanciers laissent généralement tomber une partie de leur créance et le débiteur met la plus grande partie possible de son revenu à la disposition des créanciers. Il est donc primordial d'avoir une vue correcte de la situation patrimoniale actuelle et future du débiteur en question ».

DBL5151.book Page 297 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

l'opposition du surendetté à ce qu'il soit procédé à une investigation (413). Le fait que le juge des saisies puisse s'écarter d'un avis défavorable de l'ordre professionnel au moyen d'une motivation circonstanciée nous paraît équilibré.

La réforme de la procédure de règlement collectif de dettes consacre, par son traitement du sort des sûretés personnelles de la personne endettée, une autre manifestation de la transparence patrimoniale. En application de l'article 1675/16*bis* nouveau du Code judiciaire, les personnes physiques qui, à titre gratuit, se sont constituées sûreté personnelle du surendetté, peuvent en principe être déchargées en tout ou en partie de leur engagement à condition que le juge constate que leur obligation est disproportionnée à leurs revenus et à leur patrimoine. En vue d'établir ce déséquilibre, la personne qui s'est engagée comme caution personnelle est tenue de déposer au greffe de la juridiction saisie une déclaration en ce sens. À cette attestation, doivent être joints une copie de la dernière déclaration à l'impôt des personnes physiques de la personne qui s'est constituée sûreté personnelle, le relevé de l'ensemble des éléments actifs ou passifs qui composent son patrimoine ainsi que toute autre pièce de nature à établir avec précision l'état de ses ressources et les charges qui sont siennes.

Du vœu exprès du législateur (414), cette disposition affiche une indéniable similarité avec les articles 72*bis* et 72*ter* de la loi du 8 août 1997, insérés par une loi du 20 juillet 2005 (415). Par cette intervention, le législateur a entendu dissocier l'excusabilité du failli du sort des personnes physiques qui se sont constituées sûreté personnelle. La décharge dont elles peuvent désormais bénéficier est tributaire du dépôt au tribunal de commerce d'une déclaration de ces personnes attestant « que leur obligation est disproportionnée à leurs revenus et à leur patrimoine ». Les pièces jointes à cette déclaration sont identiques à celles visées par l'article 1675/16*bis* du Code judiciaire. L'article 80 nouveau de la loi du 8 août 1997 sur les faillites prescrit le cas échéant le dépôt d'un relevé à jour des éléments du patrimoine de la personne qui entend solliciter sa décharge.

(413) Voy. ainsi Civ. Bruxelles (sais.), 29 avr. 2003, *Annuaire juridique du crédit*, 2003, p. 561 : « Il y a lieu de révoquer la décision d'admissibilité lorsque le requérant a gravement manqué à son obligation de collaboration loyale, n'a pas respecté l'obligation de transparence patrimoniale et n'a jamais eu l'intention de rembourser ses créanciers » ; voy. ég. Civ. Liège (sais.), 21 nov. 2002, *Annuaire juridique du crédit*, 2002, p. 608.

(414) Voy. la justification par le gouvernement de l'amendement à l'origine de l'article 1675/16*bis*, où il est expressément fait allusion à l'arrêt de la Cour d'arbitrage du 30 juin 2004 prononcé en matière d'excusabilité (*Doc. parl.*, Ch. repr., n° 51-1309/009, pp. 5 à 7).

(415) 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.

DBL5151.book Page 298 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

Ces deux récentes interventions législatives subordonnent donc le bénéfice de l'absolution d'une dette à une exigence de transparence patrimoniale destinée à établir la disproportion entre cette dette et la richesse de celui qui y a consenti. Nonobstant leur évident intérêt et l'équilibre qu'elles consacrent entre les intérêts en conflit, il ne s'agit donc pas de fournir à un créancier les armes nécessaires pour connaître la teneur du patrimoine de son débiteur.

198. Charité bien ordonnée… On voit ainsi que le pouvoir législatif se montre assez timoré dans la consécration de la transparence patrimoniale. Par contre, lorsque sont en jeu ses propres intérêts pécuniaires, l'État paraît plus audacieux. En témoigne la récente et originale surséance indéfinie au recouvrement des impôts directs, issue de la loi-programme du 27 décembre 2004 et entrée en vigueur le 1er janvier 2005 (416). Il n'est pas question de s'interroger ici ni sur les effets incertains de l'octroi d'une telle surséance ni sur la délicate articulation de cette législation avec celle du règlement collectif de dettes. Bornons-nous simplement à constater qu'afin d'instruire la demande du requérant et d'apprécier sa sincérité, le fonctionnaire chargé du recouvrement dispose des pouvoirs d'investigation visés à l'article 319*bis* du Code des impôts sur les revenus et, surtout, « peut notamment exiger des établissements de crédit soumis à la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit tous renseignements à leur connaissance qui peuvent être utiles à établir la situation patrimoniale du demandeur » (article 413*quater* nouveau du Code des impôts sur les revenus).

On assiste donc à une évolution significative dans les relations très particulières qu'entretiennent les établissements de crédit avec le fisc et dans l'appréciation du mal-nommé secret bancaire, thème dont on a pu estimer qu'il était empreint d'une « regrettable incohérence » (417). Dans des circonstances certes particulières, l'avoir scriptural d'un prétendant à une mesure de clémence peut faire l'objet d'investigations auxquelles les établissements de crédit ne peuvent s'opposer.

Une autre illustration de la sauvegarde par la loi des intérêts financiers des pouvoirs publics via la transparence patrimoniale peut être trouvée dans la loi du 21 février 2003 créant un Service des créances

(416) Voy. les articles 332 et 333 de la loi-programme du 27 décembre 2004, *M.B.*, 31 déc. 2004, 2e éd.

(417) J.-P. BOURS, « Le secret professionnel et le respect de la vie privée », *R.G.C.F.*, 2003, ppp. 99 et s., sp. p. 105.

DBL5151.book Page 299 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

alimentaires au sein du SPF Finances (418). Afin d'assurer le recouvrement de l'intervention du Fonds, l'article 22 de la loi impose aux services publics et aux organismes chargés d'une mission d'intérêt public de fournir, à leurs frais, tous renseignements utiles concernant les ressources, le domicile ou la résidence du créancier d'aliments et du débiteur d'aliments. Pouvoir est délégué au Roi pour déterminer les modalités d'application de cette collobaration. De plus, poursuit la disposition, « sans préjudice de la réglementation relative au secret professionnel, le Service des créances alimentaires peut demander, par requête, au juge de paix du domicile du débiteur d'aliments, d'ordonner aux personnes privées qu'il désigne, de communiquer tous renseignements ou tous documents relatifs au montant des revenus ou autres biens du débiteur d'aliments ».

B. *De lege ferenda*

199. L'œil de Strasbourg. Chacun sait que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme engendre des obligations positives pour les États qui y sont parties (419). Dès lors, étant donné que le droit à une exécution effective procède de l'article 6 de la Convention, les autorités publiques « doivent élaborer un système législatif performant de procédures d'exécution, sous peine d'engager leur responsabilité européenne » (420). En d'autres termes, on a pu constater qu'un justiciable serait justifié à critiquer devant la Cour européenne des droits de l'homme « le caractère insuffisant ou l'absence d'arsenal législatif relatif à la procédure civile d'exécution » (421).

---

(418) Loi du 21 février 2003 créant un Service des créances alimentaires au sein du SPF Finances (*M.B.*, 28 mars 2003), telle que modifiée par les lois-programmes des 5 août 2003 (*M.B.*, 7 août 2003) et 22 décembre 2003 (*M.B.*, 31 déc. 2003).

(419) Comme nous nous en sommes expliqué dans l'introduction de notre recherche, nous ne procéderons pas ici à une étude de droit comparé ; voy. les nombreuses contributions publiées in *La transparence patrimoniale — Condition nécessaire et insuffisante du titre conservatoire européen*, Éditions juridiques et techniques, 2001 et l'étude de B. HESS, « Study No. JAI/A3/2002/02 on making more efficient the enforcement of judicial decisions within the European Union : Transparency of a Debtor's Assets — Attachment of Bank Accounts — Provisional Enforcement and Protective Measures », 18 févr. 2004, disponible sur http://www.ipr.uni-heidelberg.de, ainsi que les différents rapports nationaux.

(420) N. FRICERO, « La consécration européenne du droit à l'exécution », in *L'aménagement du droit de l'exécution dans l'espace communautaire — Bientôt les premiers instruments*, Éditions juridiques et techniques, Collection Passerelle, 2003, pp. 61 et s., sp. p. 61 ; du même auteur, voy. « Le droit européen à l'exécution des jugements », *Droit et procédures*, 2001, n° 1, pp. 6 et s. ; voy. ég. J. NORMAND, « Rapport de synthèse », *ibid.*, pp. 93 et s., sp. p. 96.

(421) 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° 00/2.701, pp. 41 et s., sp. p. 53 ; selon le même auteur, « Si l'exécution efficace et prompte d'un […] titre constitue un droit fondamental au sens de l'article 6.1 C.E.D.H., il faut dès lors en déduire que le droit à obtenir des informations sur le patrimoine en vue de cette exécution est bien aussi un droit fondamental au sens de cette

DBL5151.book Page 300 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

La question n'est pas neuve (422). Elle est devenue fondamentale. Il est symptomatique de constater que dans le sillon du projet de recommandation sur l'exécution du 8 août 2002 du Conseil de l'Europe (423), elle a retenu l'attention des auteurs des Dialogues Justice, rapport sollicité par le ministre de la Justice. Comme l'écrivent justement ces experts, « les règles protectrices de l'insaisissabilité doivent avoir pour corollaire la transparence patrimoniale et la saisissabilité des biens non immunisés. Un système efficace de recherche des informations permet d'améliorer l'efficacité des procédures et de limiter les frais exigés par celles-ci » (424).

200. Préservation contre la justice privée. En réalité, le débat est vital car il ne s'agit pas uniquement de servir les seuls intérêts du créancier, si respectables soient-ils pour de nombreuses raisons. Outre ses évidents enjeux économiques et sociaux (425), il participe de la crédibilité de la justice, de l'intérêt général (426), et doit permettre l'écartement de la tentation du système de vendetta, pour reprendre l'expression du professeur Verbeke (427), ou le développement de pratiques, certes moins violentes mais tout autant inadmissibles, attentatoires à la vie privée.

Le respect de cette dernière est incontestablement important et l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme en est le

disposition de la Convention » (*ibid.*, p. 43) ; *adde* E. LEROY, « La transparence patrimoniale en droit international », in *La transparence patrimoniale : condition nécessaire et insuffisante du titre conservatoire européen*, p. 142, à propos du droit communautaire : « Il y a violation du droit communautaire si les conditions fixées par les législations nationales, dans le cadre de leur autonomie procédurale, sont aménagées de manière telles qu'elles rendent en pratique impossible ou excessivement difficile l'application et l'exécution des normes européennes et des droits reconnus aux citoyens de l'Union ».

(422) Voy. déjà, il y a plus de vingt ans, G. de LEVAL, « L'efficacité des saisies-exécutions », *op. cit.*, pp. 134 à 138, n^{os} 5 à 10.

(423) Sur ce projet de recommandation, voy. N. FRICERO, « La libre exécution des jugements dans l'espace judiciaire européen : un principe émergent ? », in *Justice et droits fondamentaux, Études offertes à J. Normand*, Litec, 2003, pp. 173 et s., sp. pp. 179 à 183, n^{os} 12 et s.

(424) F. ERDMAN et G. de LEVAL, *Les dialogues Justice*, Rapport de synthèse réalisé à la demande de L. ONKELINX, vice-Première ministre et ministre de la Justice, septembre 2004, p. 264.

(425) Chr. HUGON et B. MENUT, « Les enjeux européens du recouvrement de créances », *Droit et procédures*, 2005, pp. 69 et s., sp. p. 70, n° 6.

(426) « The public interest in ensuring that court orders (and other enforceable instruments) are obeyed justifies access to otherwise confidential information about the debtor (adress, employment, assets) held by the state or perhaps by financial institutions » (W. KENNETT, « Enforcement : general report », *op. cit.*, sp. p. 108) ; *adde* G. CUNIBERTI, *Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 341, 2000, p. 31, n° 37 : « Une délinquance financière qui se jouerait des ordres juridiques en réduisant à néant la portée de leurs actions et de leurs commandements judiciaires ne heurterait aussi à première vue que des intérêts privés, ceux des demandeurs ayant obtenu des condamnations définitives s'avérant totalement inutiles. Cependant, l'autorité de la loi pourrait-elle tolérer que des jugements ne restent que paroles sans prise sur la réalité ? Cet affront, répété, pourrait créer plus qu'un simple sentiment d'inégalité devant la loi : il pourrait remettre en cause le système lui-même, en saper les fondations. Tout État, législateur par définition, est intéressé à une telle lutte ».

(427) A. VERBEKE, « À la recherche d'un équilibre », in *La transparence patrimoniale : condition nécessaire et insuffisante du titre conservatoire européen*, *op. cit.*, p. 173.

DBL5151.book Page 301 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

garant parmi d'autres dispositions (428). C'est ce respect, entre autres, qui a justifié en 2002 l'encadrement de l'activité de recouvrement amiable des dettes du consommateur, fût-ce de façon perfectible (429). Cependant, le droit au respect de la vie privée, dont le secret bancaire n'est qu'une facette (430), ne peut et ne doit en aucun cas constituer un obstacle à une exécution effective.

201. Principes fondateurs d'une solution. Comme l'écrivent MM. Perrot et Théry, « la sauvegarde de la vie privée, si légitime soit-elle, trouve sa limite dans le respect de la force exécutoire des titres. L'essentiel est de prendre toutes les précautions nécessaires pour éviter les excès » (431). Il convient, dès lors, de baliser l'utilisation permise des informations ainsi obtenues. Et l'un de ces auteurs de citer les deux préceptes majeurs de la recherche patrimoniale : proportionnalité et encadrement (432). Ce thème a été maintes fois étudié, entre autres par le professeur Verbeke (433).

Dans sa remarquable étude consacrée à la transparence patrimoniale en droit international (434), M. Leroy reconnaît trois prérogatives essentielles au débiteur : les droits de mener une existence décente, de n'être pas privé de sa liberté pour la seule inexécution d'une obligation contractuelle et de voir sa vie privée respectée, sachant que ce dernier

(428) Voy. C. RUSSO, « Article 8 § 1 » et V. COUSSIRAT-COUSTERE, « Article 8, § 2 », in *La Convention européenne des droits de l'homme — Commentaire article par article*, sous la direction de L.-E. PETTITI, E. DECAUX et P.-H. IMBERT, Economica, 1999.

(429) Voy. Chr. BIQUET-MATHIEU, « La loi du 20 décembre 2002 relative au recouvrement amiable des dettes du consommateur », *J.T.*, 2003, pp. 669 et s. ; R. STEENNOT, « De minnelijke invordering van schulden van de consument : een eerste commentaar », *R.W.*, 2002-2003, pp. 1001 et s. ; L. GUINOTTE, « Le recouvrement amiable des dettes du consommateur après la loi du 20 décembre 2002 », *Act. dr.*, 2003, pp. 734 et s.

(430) Ph.-E. PARTSCH, « Le secret bancaire et le droit communautaire : réflexions sur la jurisprudence de la CJCE », *Gaz. Pal.*, 8 et 9 juin 2005, pp. 31 et s., sp. p. 31, n° 4.

(431) R. PERROT et Ph. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, *op. cit.*, p. 347, n° 328 ; voy. ég. Fr. RIGAUX, Protection de la vie privée, *R.P.D.B.*, Compl. IX, Bruylant, 2004, pp. 806 et s., sp. p. 900, n° 355 : « Si important qu'il soit pour l'épanouissement de la personnalité de ses titulaires, le droit au respect de la vie privée n'a pas de valeur absolue. Pas plus, d'ailleurs, que d'autres libertés non moins fondamentales, telle la liberté d'expression. Une société n'atteint son équilibre que si elle réussit à concilier des demandes antinomiques, et les personnalités individuelles ne sont aptes à faire valoir toutes leurs virtualités que si elles tempèrent le principe de plaisir du principe de réalité ».

(432) R. PERROT, « L'efficacité des procédures judiciaires au sein de l'Union européenne et les garanties des droits de la défense », in *L'efficacité de la justice civile en Europe*, pp. 417 et s., sp. pp. 431 et 432.

(433) A. VERBEKE, « Informatie over andermans vermogen. Belangenafweging tussen het recht op privacy van de schuldenaar en het recht of informatie van de schuldeiser », *R.W.*, 1993-1994, pp. 1129 et s., « Les officiers judiciaires comme régulateurs dans les cas d'insolvabilité » in *L'efficacité de la justice civile en Europe*, Larcier, 2000, pp. 405 et s., sp. pp. 411 à 414, n^{os} 21 à 28, « Information sur le patrimoine. Nécessité d'un droit d'exécution équilibré », in *Le rôle social et économique de l'huissier de justice*, Story-Scientia, 2000, pp. 161 et s., « L'huissier de justice anno 2001. Nouvelle mission. Nouveau statut. Nouvelle déontologie », in *L'huissier de justice en Europe : le choix de l'avenir*, Intersentia, 2001, pp. 119 et s., sp. pp. 128 à 133, n^{os} 21 à 28.

(434) E. LEROY, « La transparence patrimoniale en droit international », in *La transparence patrimoniale : condition nécessaire et insuffisante du titre conservatoire européen*, *op. cit.*, p. 141.

DBL5151.book Page 302 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

droit n'est pas absolu (435). M. Leroy conclut qu'une coopération internationale en matière de transparence patrimoniale doit respecter les principes de légitimité, proportionnalité, sécurité, confidentialité et responsabilité (436). Rien ne justifie qu'il n'en soit pas de même dans l'ordre interne.

202. Concrètement… En l'état actuel de la réglementation de la saisie-arrêt, la connaissance de l'identité du tiers saisi est un préalable nécessaire à la mesure. La formalisation de plusieurs saisies-arrêts entre les mains de différents établissements de crédit est non seulement extrêmement coûteuse mais représente également une perversion de la procédure. Sous peine d'encourir de légitimes critiques quant à l'efficacité de son système judiciaire, le législateur belge serait bien avisé de consacrer un pouvoir d'investigation permettant la découverte des comptes bancaires d'un débiteur.

203. Qui ? Pour d'évidentes raisons de proportionnalité, il ne se conçoit pas que l'investigation soit le fait du créancier lui-même. Dans une de ses études consacrées à la transparence patrimoniale, le professeur Verbeke avait formulé une suggestion en l'appliquant en particulier aux comptes bancaires (437). Plutôt que la création d'une énième institution administrative, nous abondons dans son sens et préconisons que les pouvoirs d'investigation soient confiés à l'huissier de justice, en raison de son expertise en matière d'exécution (438). Cette confiance exprimée

(435) Adde, en ce sens également, A. VERBEKE, « À la recherche d'un équilibre », in *La transparence patrimoniale : condition nécessaire et insuffisante du titre conservatoire européen*, pp. 169 et s., sp. p. 171 : « Si l'on aborde les intérêts conflictuels et qu'on envisage l'affrontement entre l'humanité et un recouvrement efficace, là évidemment l'humanité l'emporte […] Mais il y a un deuxième affrontement : celui entre la vie privée et le recouvrement efficace. Et là il n'y a aucun doute que le recouvrement devrait l'emporter » ; le professeur Verbeke tire argument de ce qu'en matière de procédures de liquidation collective, la prééminence du droit au recouvrement sur la vie privée ne fait l'objet d'aucune contestation.

(436) E. LEROY, « La transparence patrimoniale en droit international », in *La transparence patrimoniale : condition nécessaire et insuffisante du titre conservatoire européen*, *op. cit.*, pp. 149 à 152.

(437) A. VERBEKE, « Information sur le patrimoine. Nécessité d'un droit d'exécution équilibré », in *Le rôle social et économique de l'huissier de justice*, Story-Scientia, 2000, pp. 161 et s., sp. pp. 191 à 194, n^{os} 81 à 86.

(438) G. de LEVAL, « L'huissier de justice en Europe : le choix de l'avenir », dans l'ouvrage éponyme, Intersentia, 2001, pp. 41 et s., sp. p. 55 : « Par sa bonne maîtrise du droit du recouvrement, sa bonne connaissance du terrain, ses moyens d'action et d'information, l'huissier de justice est idéalement placé pour être chargé du recouvrement amiable. En y ajoutant le principe de rentabilité, les possibilités d'échanges et d'informations entre officiers ministériels […] et les mesures destinées à garantir le recouvrement de la créance (saisie conservatoire), on se rend compte qu'il dispose de moyens d'action qui ne sont pas à la disposition de ses concurrents » ; voy. ég. L. CHABOT, « Rôle social de l'huissier de justice », et « Le rôle économique de l'huissier de justice », par le comité de direction de la Chambre nationale des huissiers de justice, in *Le rôle social et économique de l'huissier de justice*, Story-Scientia, 2000, pp. 29 et s., sp. pp. 39 à 42 et pp. 93 et s. ; voy. aussi l'explicitation par la Chambre nationale des huissiers de justice des bonnes pratiques en matière de saisies conservatoires et des voies d'exécution in F. ERDMAN et G. de LEVAL, *Les dialogues Justice*, *op. cit.*, pp. 296 à 298. ; plus généralement, voy. Chr. HUGON, « La Cour européenne des droits de l'homme et les huissiers de justice », *Droit et procédures*, 2002, n° 6, pp. 340 et s.

DBL5151.book Page 303 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

dans cet officier ministériel doit cependant avoir pour contrepartie une compétence, une indépendance et une déontologie avérées et la sanction effective de toute atteinte à ces trois vertus (439).

204. Comment ? Ce pouvoir d'investigation ne serait pas tributaire d'un détour par le pouvoir judiciaire (440). Peut-être échaudé par une procédure parfois longue pour obtenir la reconnaissance de ses droits, le créancier impayé sera légitimement réticent à patienter encore et à opérer de nouveaux débours pour un résultat toujours aléatoire. L'huissier s'adressera donc à un établissement de crédit particulier ou à l'Association belge des banques et des agents de change qui répercutera la demande auprès de ses membres. L'établissement de crédit communiquera alors les données dont il dispose quant à l'existence et l'ampleur des avoirs qu'elle détient en faveur du débiteur. Une indemnité forfaitaire pourra rémunérer la recherche et sera mise à charge du débiteur.

205. Quand ? Dans l'état actuel de la jurisprudence de Strasbourg, seules les décisions prononcées en dernier ressort bénéficient d'un « droit à l'exécution » (441). Les mesures conservatoires, on peut le déplorer, ne sont pas non plus couvertes (442). Dès lors, une option s'ouvre au législateur : faut-il subordonner les pouvoirs d'investigation à la détention d'un titre exécutoire ou, au contraire, permettre une recherche patrimoniale au stade conservatoire. La seconde branche de l'alternative reçoit les faveurs d'une partie de la doctrine (443). Il est vrai que la particulière volatilité de la monnaie scripturale incite à en permettre la découverte le plus tôt possible.

---

(439) « The ability of the enforcement agent to act impartially and ensure that the debtor's legitimate rights are not infringed is widely felt to be an important consideration in allowing access to information about the debtor's location and assets » (W. KENNETT, « Enforcement : general report », in *Procedural laws in Europe — Towards harmonisation*, Maklu, 2003, pp. 79 et s., sp. p. 104) ; voy. également la position vigoureuse d'A. VERBEKE, « À la recherche d'un équilibre », in *La transparence patrimoniale : condition nécessaire et insuffisante du titre conservatoire européen*, *op. cit.*, p. 175 et 176 et « L'huissier de justice anno 2001. Nouvelle mission. Nouveau statut. Nouvelle déontologie », *op. cit.*, pp. 155 et 156, n° 99 à 103.

(440) En ce sens : A. VERBEKE, « À la recherche d'un équilibre », in *La transparence patrimoniale : condition nécessaire et insuffisante du titre conservatoire européen*, *op. cit.*, p. 174 ; plus généralement, « il est incontestable que le problème du coût au sens large du recouvrement est une préoccupation majeure du créancier soucieux d'exposer des frais dont le montant peut réduire à rien l'enjeu du litige » (F. ERDMAN et G. de LEVAL, *Dialogues Justice*, *op. cit.*, p. 238).

(441) N. FRICERO, « La consécration européenne du droit à l'exécution », in *L'aménagement du droit de l'exécution dans l'espace communautaire — Bientôt les premiers instruments*, *op. cit.*, p. 68.

(442) N. FRICERO, « La consécration européenne du droit à l'exécution », *op. cit.*, p. 69.

(443) Voy. l'intervention introductive de M.-Th. CAUPAIN au séminaire tenu les 14 et 15 septembre 1999, *La transparence patrimoniale : condition nécessaire et insuffisante du titre conservatoire européen*, E.*J.T.*, p. 17.

DBL5151.book Page 304 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

Par ailleurs, la recherche auprès des établissements de crédit doit-elle présenter un caractère subsidiaire et n'être admise qu'en cas d'échec de tentatives préalables ? Nous n'avons pas de sentiment arrêté à cet égard. La nécessaire collaboration d'un tiers, en l'espèce l'établissement de crédit, plaide en faveur d'une telle limitation (444). D'un autre côté, le législateur pourrait, comme c'est le cas en France, estimer judicieux de favoriser une mesure à la contrainte plus larvée que celle nécessaire à la saisie du patrimoine corporel et aux résultats économiques non tributaires d'une vente à l'issue incertaine (445).

206. Précédent avorté. Une proposition de loi du 17 août 2001 prévoyant un droit d'enquête et d'information de l'huissier de justice dans le Code judiciaire, nettement inspirée par les idées développées par le professeur Verbeke, est restée dans les limbes parlementaires (446). Dans la philosophie de cette initiative, un « droit général d'enquête et d'information sur le patrimoine du débiteur » était confié à l'huissier de justice chargé de l'exécution d'un titre exécutoire, qui constatait que le débiteur n'a pas donné suite à un commandement dans le mois de sa signification, à moins qu'il n'ait obtenu un délai de grâce, un sursis de paiement ou un règlement collectif de dettes (447).

Pratiquement, l'huissier de justice se serait vu reconnaître le droit de « faire injonction au débiteur ou à un tiers de lui fournir tous renseignements utiles sur des opérations accomplies par le débiteur et sur la composition et la localisation du patrimoine de celui-ci ». Le secret professionnel et le devoir de réserve étaient expressément écartés. Des sanctions pouvaient frapper le débiteur et le tiers récalcitrant ; le premier

(444) M. Verbeke justifie également cette limite par le principe de proportionnalité (A. VERBEKE, « Information sur le patrimoine. Nécessité d'un droit d'exécution équilibré », in *Le rôle social et économique de l'huissier de justice*, Story-Scientia, 2000, pp. 161 et s., sp. p. 185, n° 64).

(445) Pour peu, bien entendu, qu'existe un compte et que celui-ci présente un solde créditeur, ce qui est précisément l'enjeu du présent débat.

(446) Proposition de loi prévoyant un droit d'enquête et d'information de l'huissier de justice dans le Code judiciaire, *Doc. parl.*, Ch. repr., n° 50-1388/001 ; selon l'exposé des motifs, « la norme de la dignité humaine ne peut jamais être transgressée. La discussion ne peut jamais avoir pour effet qu'une personne ne puisse plus vivre dignement. Cette prééminence absolue du droit à la dignité humaine ne s'applique pas au droit à la vie privée d'un débiteur. Une atteinte à la vie privée est acceptable, selon la jurisprudence constante de la Cour EDH, à condition que l'atteinte puise sa justification dans un fondement légal et que le principe de proportionnalité soit respecté. L'immixtion dans la vie privée du débiteur par suite de l'exercice des droits de consultation, de contrôle ou d'information du créancier sur le patrimoine du débiteur doit être proportionnée à l'objectif poursuivi. Les informations doivent être pertinentes et proportionnelles dans le cadre de la protection du créancier. L'immixtion ne peut excéder ce qui est nécessaire à la protection des droits de la partie adverse, droits qui consistent, en l'occurrence, à se faire une idée correcte des possibilités de récupération, eu égard à la nature et à l'ampleur de la créance » (*Doc. parl.*, Ch. repr., n° 50-1388/001, sp. p. 8).

(447) *Doc. parl.*, Ch. repr., n° 50-1388/001, sp. p. 12 ; on relève une certaine incertitude, d'une part, quant à l'épuisement des possibilités de poursuite par l'huissier et, d'autre part, quant au degré de plénitude du titre fondant ce pouvoir d'investigation ; plus précisément, on ne comprend pas très bien s'il est nécessaire que le jugement soit bel et bien coulé en force de chose jugée.

DBL5151.book Page 305 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

perdait le bénéfice des règles d'insaisissabilité des meubles incorporels tandis que le second pouvait se voir condamner aux causes des poursuites. Enfin, le simple exercice du devoir d'investigation emportait d'ores et déjà blocage de l'éventuelle richesse détenue pour compte du débiteur par le tiers. Peut-être cette dernière mesure ne se justifie-t-elle pas. Une autre source d'inspiration pourrait être l'état du droit en France.

207. Solution française. La France a récemment connu une réforme favorisant la découverte des avoirs bancaires. Une loi du 11 février 2004 a en effet modifié les articles 39 à 41 de la loi du 9 juillet 1991 et 54 du décret du 31 juillet 1992 (448). L'article 39, alinéa 1er, de la loi du 9 juillet 1991 est désormais ainsi rédigé : « L'huissier de justice chargé de l'exécution, porteur d'un titre exécutoire, peut obtenir directement de l'administration fiscale l'adresse des organismes auprès desquels un compte est ouvert au nom du débiteur. Si l'administration ne dispose pas de cette information, le procureur de la République entreprend, à la demande de l'huissier de justice, porteur du titre et de la réponse de l'administration, les diligences nécessaires pour connaître l'adresse de ces organismes ».

La modification par rapport à l'état antérieur du droit consiste en la suppression du détour par le procureur de la République qui s'imposait auparavant à l'huissier confronté à une exécution infructueuse. La suite de l'article 39 démontre que les informations relatives à l'existence de comptes s'obtiennent plus aisément que l'adresse du débiteur et l'identité de son employeur (449).

208. À l'échelon européen. Mme Kennett propose la création d'une Agence européenne de données destinées à l'exécution, qui servirait de lien entre les sources d'informations et les agents d'exécution et la détermination de critères minima à respecter par les agents d'exécution nationaux pour accéder à des données personnelles (450). M. Berglung avait déjà exprimé cette idée et rédigé un « instrument pour la coopération mutuelle entre les autorités européennes de recouvrement » (451).

---

(448) Voy. l'article 59 de la loi n° 2004-130 du 11 février 2004, *J.O.*, 12 févr. 2004, p. 2847 ; sur cette loi, voy. J.-C. BELOT, « À propos d'une loi attendue… », *Droit et procédures*, 2004, n° 3, p. 128.

(449) « Sous réserve du respect des dispositions de l'article 51, à la demande de l'huissier de justice chargé de l'exécution, porteur d'un titre exécutoire et d'un relevé certifié sincère des recherches infructueuses qu'il a tentées pour l'exécution, le procureur de la République entreprend les diligences nécessaires pour connaître l'adresse du débiteur et l'adresse de son employeur, à l'exclusion de tout autre renseignement. À l'issue d'un délai fixé par décret en Conseil d'État, l'absence de réponse du procureur de la République vaut réquisition infructueuse » (article 39, alinéas 2 et 3, de la loi du 9 juillet 1991).

(450) W. KENNETT, « Enforcement : general report », *op. cit.*, pp. 108 et 109 ; voy. ég.

(451) M. BERGLUNG, « Recognition and enforcement of foreign judgements in Sweden », in *La transparence patrimoniale — Condition nécessaire et insuffisante du titre conservatoire européen* ?, *op. cit.*, pp. 199 et s. ; voy. ég., du même auteur et en résumé, « Les recherches et l'accès aux informations des agents chargés de l'exécution », 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. 285 et s.

DBL5151.book Page 306 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

Dans son étude sollicitée par la Commission européenne, M. Hess estime, quant à lui, que le règlement n° 1206/2001 du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile et commerciale pourrait aider la recherche d'éléments saisissables (452). L'idée retient l'attention, même si les nombreux auteurs qui ont commenté le règlement n'évoquent pas une telle utilisation (453). Il est vrai que dans l'ordre interne belge, un tel recours aux procédures de preuve pour la recherche patrimoniale paraît se justifier, comme nous l'avons souligné, par une adaptation de la question probatoire au contentieux de l'exécution (454). Mais le contexte international ne facilite pas les choses, ne fût-ce qu'en raison des traditions judiciaires propres (455). Aussi, cet instrument n'ayant pas été écrit pour cela, son application concrète au service du droit de l'exécution pourrait faire difficulté.

209. Conclusion. De nombreux pays européens, avec lesquels nous partageons les valeurs de démocratie, d'État de droit et de respect des libertés fondamentales, permettent les investigations patrimoniales pour assurer le paiement des dettes. Ils n'en sont pas pour autant devenus le théâtre des dérives décrites par Orwell. « Dès lors que la réalisation effective de la décision juridictionnelle devient un droit fondamental, l'État doit, par la mise en œuvre d'obligations qui lui incombent, en

(452) « The national enforcement systems are also affected by Community instruments dealing with cooperation in civil and commercial matters. The newly adopted Regulations on the service of documents and on the taking of evidence also influence enforcement proceedings. The Service Regulation enables national enforcement organs (and creditors) to address persons abroad (e.g. to serve a garnishment order to foreign garnishees). The Evidence Regulation may also be relied upon for obtaining information on the whereabouts of a debtor's assets. The European Judicial Network in Civil and Commercial Matters may also be used for providing information about enforcement systems of other Member States » (B. HESS, « Study No. JAI/A3/2002/02 on making more efficient the enforcement of judicial decisions within the European Union : Transparency of a Debtor's Assets — Attachment of Bank Accounts — Provisional Enforcement and Protective Measures », *op. cit.*, pp. 17 et 18).

(453) J.O.C.E., n° L. 174, 27 juin 2001 ; sur ce règlement, voy. S. UHLIG, « L'obtention des preuves en matière civile et commerciale et le règlement européen relatif à la coopération entre les juridictions des États de l'Union du 28 mai 2001 : une entrée en vigueur passée inaperçue… », *J.T.*, 2004, pp. 789 et s. ; D. MOUGENOT, « Le règlement européen sur l'obtention des preuves », *J.T.*, 2002, pp. 17 et s. ; Ch. BRUNEAU, « L'obtention des preuves en matière civile et commerciale au sein de l'Union européenne », *J.C.P.*, 2001, I, n° 349 ; M. LEBOIS, « Le règlement (CE) n° 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale », in *Le droit processuel et judiciaire européen*, La Charte, 2003, pp. 271 et s.

(454) Voy. *supra*, n° 196 ; M. Andrews rassemble d'ailleurs dans le concept de « protective order » la découverte et la préservation des avoirs et des preuves (N. ANDREWS, « Towards a European protective order in civil matters », in *Procedural Laws in Europe — Towards Harmonization*, Maklu, 2003, pp. 267 et s., sp. p. 270).

(455) Nous pensons par exemple à l'article 14, 2, *b*, qui permet le refus de l'exécution d'une demande d'acte d'instruction lorsque « l'exécution de la demande, selon le droit de l'État membre dont relève la juridiction requise, n'entre pas dans les attributions du pouvoir judiciaire ».

DBL5151.book Page 307 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

assurer l'effectivité » (456). La performance des procédures d'exécution est une obligation positive du législateur belge.

L'objectif est-il atteint en Belgique, pays qui ne permet que difficilement de découvrir les avoirs bancaires d'un de ses débiteurs ? Étant donné qu'il s'agit là d'une condition *sine qua non* à toute poursuite, nous ne le pensons pas. Le recours actuel au juge n'est qu'un pis-aller, en raison de son coût. Une intervention législative s'impose d'autant plus que les insaisissabilités ne peuvent se développer sans une croissance parallèle des règles relatives à la transparence patrimoniale (457). Or, ainsi que nous le verrons, au terme d'un processus aux multiples rebondissements, le législateur belge a consacré un report d'insaisissabilité des sommes versées sur un compte à vue (458). La consécration d'une transparence bancaire encadrée ne pourra donc plus longtemps être retardée.

§ 2. La saisie du compte dans un contexte transfrontière (459)

210. Internationalité de l'activité bancaire. Dans notre pays, la majorité des services bancaires est naturellement exécutée par des banques belges. La Commission bancaire, financière et des assurances établit tous les ans

(456) 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., sp. p. 478, n° 8 ; Mme Kennett énonce ainsi les dix commandements d'un droit de l'exécution efficient : « (i) Enforcement must be effective, but humane. (ii) It must not pose unreasonable cost burdens on debtors or creditors. (iii) It should balance respect for the rights of the debtor and creditor. (iv) The public interest in ensuring that court orders (and other enforceable instruments) are obeyed justifies access to otherwise confidential information about the debtor (adress, employment, assets) held by the state or perhaps by financial institutions. (v) Such information should only be available to enforcement agents, not creditors. (vi) Enforcement agents should have the qualifications and level of regulation appropriate to the responsibilities that they undertake and the potential for abuse. (vii) In so far as competition between enforcement agents may be acceptable, the nature and level of competition should not be such as to endanger respect for the rights of the debtor. (viii) The enforcement system should seek to co-ordinate action in relation to a given debtor as far as possible — saving the time and expense of duplicated effort and the worry for the debtor of competing demands. (ix) The enforcement system should be linked to the procedure for dealing with overindebtedness so that debtors will be referred to the latter procedure if relevant. (x) Complementary regulation should ensure that the standards applicable to forced execution are also applied (where relevant) to debt collection agencies » (W. KENNETT, « Enforcement : general report », in *Procedural laws in Europe — Towards harmonisation*, *op. cit.*, pp. 107 et 108).

(457) G. de LEVAL, « Recouvrement et dignité humaine », in *Justice et droits fondamentaux, Études offertes à J. Normand*, Litec, 2003, pp. 321 et s., sp. p. 325.

(458) Voy. *infra*, n^{os} 279 et s.

(459) Quitte à recourir à un néologisme, mieux vaut utiliser le terme « transfrontière » que le terme « transfrontalier », qui, nonobstant sa fréquence dans la littérature juridique, ne qualifie que très mal la réalité que nous entendons décrire (en ce sens ég., F. SCHWERER, « Le cadre juridique européen des transferts électroniques de fonds », in *Transferts électroniques de fonds — Les paiements par wap*, Bruylant, 2001, pp. 27 et s., sp. p. 30, note n° 1) ; sur le thème de l'exécution dans un contexte international, voy. la classique et magistrale étude de K.D. KERAMEUS, « Enforcement in the International Context », Académie de droit international, Recueil des Cours, 1997, vol. 264, pp. 179 et s.

DBL5151.book Page 308 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

une liste des établissements de crédit agréés en Belgique (460). Au 31 décembre 2004, on recense 57 établissements de droit belge, en ce compris les banques ou caisses d'épargne et les établissements de crédit affiliés à un organisme central avec lequel ils forment une fédération ; s'ajoute une caisse d'épargne communale recueillant les dépôts du public (461).

Cette prépondérance ne doit cependant pas masquer le fait que l'activité bancaire n'est certainement pas cloisonnée par les frontières étatiques. Des banques étrangères exercent leurs activités en Belgique tantôt via des succursales, tantôt via la libre prestation de services. De même, des banques belges sont actives à l'étranger. Le développement du marché unique a naturellement accentué l'internationalisation des pratiques au sein de l'espace économique européen (462). Dès lors, moins encore qu'auparavant, la circulation de la monnaie scripturale n'est entravée par l'existence de frontières (463). Certes, la facturation du coût des virements internationaux a pu avoir un effet dissuasif sur le consommateur. Cependant, tel ne fut jamais le cas pour les montants importants des transactions commerciales. De plus, au sein de l'Espace économique européen, une directive n° 97/5/CE du 27 janvier 1997 du Parlement européen et du Conseil, dûment transposée en droit belge (464), a encadré

(460) Voy. l'arrêté du 22 février 2005 de la Commission bancaire, financière et des assurances établissant la liste des établissements de crédit agréés en Belgique, pris en exécution de l'article 13 de la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit (*M.B.*, 15 mars 2005).

(461) Aux termes de l'article 13, alinéa 2, de la loi du 22 mars 1993, la liste des établissements de crédit de droit belge comprend les rubriques suivantes : les banques, les banques d'épargne ou caisses d'épargne, les établissements publics de crédit, les banques de titres et les caisses d'épargne communales ; les établissements public de crédit sont évoqués par les articles 62 et 63 de la loi du 22 mars 1993, tandis que l'activité spécifique des caisses d'épargne communales est régie par l'article 64 de la même loi ; les autres dénominations des rubriques ne sont pas plus explicitées par la loi.

(462) Sur la jurisprudence européenne en matière de droit d'établissement et de libre prestation de service, voy. P. GOERGEN, « La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes en droit bancaire et financier (1993-2003) », in *Droit bancaire et financier au Luxembourg*, vol. 5, Larcier, 2004, pp. 2.151 et s., sp. pp. 2.175 à 2., n^{os} 60-31 à 60-65 ; *adde* Ph.-E. PARTSCH, « Droit bancaire et financier européen : chronique de jurisprudence de l'année 2004 », *Bulletin Droit & Banque*, A.L.J.B., 2005, n° 36, pp. 42 et s.

(463) On peut transposer à la circulation de la monnaie scripturale, nous semble-t-il, ces propos écrits pour le commerce via Internet : « Tout système juridique est enraciné dans un territoire déterminé. Le lieu de formation d'un contrat, celui de son exécution, celui de son paiement ont, en droit, une importance déterminante. Mais avec des opérations conclues et réalisées sur des réseaux ouverts […] nous découvrons un phénomène d'« alocalisation » des contrats » (F. SCHWERER, « Le cadre juridique européen des transferts électroniques de fonds », *op. cit.*, sp. p. 60).

(464) Voy. la loi du 9 janvier 2000 relative aux virements d'argent et paiements transfrontaliers (*M.B.*, 9 févr. 2000), telle que réintitulée et complétée par l'article 508 de la loi-programme I du 24 décembre 2002 (*M.B.*, 31 déc. 2002) ; les deux textes réglementaires promulgués afin de sanctionner les infractions à cette loi (A.R. du 25 mars 2004 relatif au règlement transactionnel des infractions à la loi du 9 janvier 2000 relative aux virements d'argent et paiements transfrontaliers (*M.B.* 23 avr. 2004) et A.M. 26 mars 2004 désignant les fonctionnaires chargés de proposer aux auteurs d'infractions à la loi du 9 janvier 2000 relative aux virements d'argent et paiements transfrontaliers, le règlement transactionnel visé à l'article 11*quinquies* de la même loi (*M.B.* 10 mai 2004)) ne concernent pas les virements transfrontaliers mais la seconde partie de loi.

DBL5151.book Page 309 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

les pratiques bancaires en matière de virement « transfrontalier », d'importance faible à moyenne (465).

211. Succursales, filiales et libre prestation de services. L'activité d'un établissement de crédit dans un État autre que celui où il a son siège social peut revêtir plusieurs formes. La première consiste en l'implantation d'une succursale à l'étranger. La loi relative au statut et au contrôle des établissements de crédit entend par ce terme « un siège d'exploitation qui constitue une partie dépourvue de personnalité juridique d'un établissement de crédit et qui effectue directement, en tout ou en partie, les opérations inhérentes à l'activité d'établissement de crédit ; plusieurs sièges d'exploitation créés dans le même État par un établissement de crédit ayant son siège social dans un autre État sont considérés comme une seule succursale » (article 3, § 1er, 6°, de la loi du 22 mars 1993). On oppose traditionnellement la succursale à la filiale, qui jouit d'une personnalité juridique distincte (466). Par ce fait-même, ces filiales doivent rencontrer les exigences relatives à la constitution d'un établissement de crédit dans le pays de leur installation. Cette contrainte n'empêche pas les grands groupes bancaires d'y recourir également dans la perspective de l'expansion de leurs activités internationales.

Une autre éventualité réside dans la libre prestation de services dans un pays étranger (467). Nous n'évoquerons pas dans les lignes qui suivent les bureaux de représentation en Belgique d'un établissement de crédit étranger puisqu'en vertu de l'article 86 de la loi du 22 mars 1993, ils se bornent à des fins de promotion et ne sont pas admis à exercer l'activité bancaire en Belgique (468). Afin de mieux appréhender les mani-

(465) Aux termes de l'article 3-f de la loi du 9 janvier 2000, le virement transfrontalier est « une opération effectuée à l'initiative d'un donneur d'ordre, soit par versement d'espèces, soit par débit d'un compte dont il peut disposer, via un établissement, ou une succursale d'établissement, situé dans un État membre de l'Espace économique européen, en vue de mettre une somme d'argent à la disposition d'un bénéficiaire dans un établissement ou dans une succursale d'établissement, situé dans un autre État membre ; le donneur d'ordre et le bénéficiaire peuvent être une seule et même personne ».

(466) *R.P.D.B.*, v° Saisie-arrêt bancaire, op. cit, p. 811, n° 20 ; voy. récemment, lors de la discussion du Code de droit international privé, le rapport fait au nom de la commission de la Justice par Mme NYSSENS et M. WILLEMS, *Doc. parl.*, Sén., sess. 2003-2004, n° 3-27/7, p. 255 : « M. Mahoux demande ce que l'on entend exactement par « succursale ». À propos de la signification exacte du mot « succursale », le professeur Erauw répond qu'il s'agit d'une entité non incorporée. Il s'agit donc d'un établissement qui n'a pas lui-même le statut de personne morale. La traduction néerlandaise exacte du mot « succursale » est « filiaal ». Le terme français « filiale » désigne une entreprise dépendant d'une société mère et dotée de la personnalité juridique ».

(467) Sur les acquis de la construction européenne, essentiellement en matière de services financiers, et les regrets qu'elle suscite encore, voy. Chr. KREMER et O. LENERT, « La libre prestation de services dans le domaine bancaire et financier », in *Droit bancaire et financier au Luxembourg*, vol. 5, Larcier, 2004, pp. 2067 et s.

(468) L'identité des établissements de crédit, européens ou non, ayant un bureau de représentation en Belgique n'est pas publiée au *Moniteur belge*, mais est disponible sur le site de la Commission bancaire, financière et des assurances (www.cbfa.be).

DBL5151.book Page 310 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

festations internationales de l'activité bancaire, distinguons selon qu'elle est le fait à l'étranger d'un établissement de crédit belge ou en Belgique d'un établissement de crédit étranger.

212. La banque belge exportatrice. L'exercice d'activités à l'étranger par un établissement de crédit établi en Belgique n'est pas indolore pour ses activités en Belgique (469). L'article 34 de la loi du 22 mars 1993 subordonne l'ouverture d'une succursale à l'étranger par un établissement de crédit de droit belge à une autorisation préalable de la Commission bancaire, financière et des assurances (470). Celle-ci peut s'y opposer « par décision motivée par les répercussions préjudiciables de l'ouverture de la succursale sur l'organisation, la situation financière ou le contrôle de l'établissement de crédit » (article 34, alinéa 3). De plus, l'article 48 de la loi autorise l'organe de contrôle à procéder auprès de ces succursales à des devoirs d'investigation, moyennant l'information préalable des autorités de l'État concerné. Ainsi, il n'est pas indifférent de constater que la protection de l'épargne justifie un contrôle des activités transnationales d'un établissement de crédit.

En cas d'exercice de la libre prestation de services bancaires dans un autre État européen, sans ouverture de succursale, les articles 38 à 39 de la loi du 22 mars 1993 se bornent à imposer à la Commission bancaire, financière et des assurances de transmettre à l'autorité de contrôle étrangère la communication que lui a faite l'établissement de crédit belge.

Que l'activité soit exercée par une succursale à l'étranger ou via la libre prestation de services, la loi prescrit, en ses articles 58 et 59, un échange d'informations entre la Commission bancaire, financière et des assurances et les autorités de contrôle des établissements de crédit de l'État membre où l'activité est exercée quant aux infractions et aux sanctions qu'elles suscitent.

Enfin, si un établissement de crédit de droit belge a l'intention d'exercer une activité à l'étranger par l'intermédiaire d'une filiale, l'article 33*bis* de la loi du 22 mars 1993 impose la notification préalable d'une telle intention à la Commission bancaire, financière et des assurances. Cette notification doit être assortie d'une information sur les

(469) Nous n'envisagerons pas ici le régime particulier de l'implantation de succursale ou le simple exercice d'activité par un établissement financier, visés par les articles 41 et 42 de la loi du 22 mars 1993 ; aux termes de l'article 3, § 1er, 5°, un tel établissement n'est en effet pas admis à exercer une activité de réception de dépôts ou d'autres fonds remboursables, ce qui l'éloigne de notre centre d'intérêts.

(470) Précisons que l'article 34, ainsi que les articles 35 et 36 subséquents, distinguent les modalités selon qu'il s'agit ou non d'un État membre de l'Union européenne.

DBL5151.book Page 311 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

activités, l'organisation, l'actionnariat et les dirigeants de l'entreprise concernée.

213. La banque étrangère importatrice. S'il s'agit pour un établissement de crédit dont le siège social est sis à l'étranger d'exercer son activité en Belgique, des distinctions s'imposent selon que l'État d'origine fait partie ou non de l'Espace économique européen et selon la forme que revêt la pratique de l'activité.

214. Succursales belges de banques européennes. Les établissements de crédit relevant du droit d'un autre État membre de l'Union européenne et admis par celui-ci à exercer des activités bancaires dans leur État d'origine peuvent entamer de telles activités en Belgique par voie d'installation de succursales, à condition qu'elles soient enregistrées par la Commission bancaire, financière et des assurances (article 65 de la loi du 22 mars 1993). La liste est en arrêtée chaque année par la Commission bancaire, financière et des assurances (471).

Les succursales admises en Belgique sont soumises à des obligations strictes en matière de liquidité, de politique monétaire interne, d'information régulière et de présentation de comptes (articles 68 à 72). Le contrôle de leurs activités fait l'objet d'une coopération avec les autorités étrangères (article 73, §§ 1er et 2, de la loi du 22 mars 1993). Si l'on ajoute l'observation que les filiales d'un établissement de crédit n'échappent pas à un contrôle global (472), on se rend compte que la territorialité et l'autonomie des personnalités juridiques prennent un aspect très relatif lorsque l'activité exercée à l'étranger est bancaire.

En cas de radiation ou de révocation de l'agrément de l'établissement de crédit par l'autorité de contrôle de son État d'origine, la Commission bancaire, financière et des assurances ordonne, après en avoir donné avis à cette autorité, la fermeture de la succursale que cet établissement a établie en Belgique. Elle peut désigner un gérant provisoire qui

(471) Voy. l'arrêté du 22 février 2005 de la Commission bancaire, financière et des Assurances établissant la liste des établissements de crédit relevant du droit d'un autre État membre de l'Espace économique européen (*M.B.*, 15 mars 2005) ; dans cette liste arrêtée au 31 décembre 2004, on relève les succursales de 7 banques allemandes, 2 banques espagnoles, 10 banques françaises, 2 banques grand-ducales, 8 banques néerlandaises et 7 banques du Royaume-Uni, soit un total de 36 succursales d'établissements de crédit européens.

(472) Aux termes de l'article 49, § 2, alinéa 1er, de la loi du 22 mars 1993, « lorsqu'un établissement de crédit est une entreprise mère, il est soumis au contrôle de la Commission bancaire et financière sur la base consolidée de l'ensemble qu'il constitue avec ses filiales belges et étrangères » ; bien plus, « lorsqu'elle le juge nécessaire pour le contrôle prudentiel, la Commission bancaire et financière peut exiger que soient incluses dans la consolidation les sociétés qui ne sont pas des filiales mais dans lesquelles l'établissement de crédit détient une participation ou avec lesquelles il a un autre lien en capital » (article 49, § 2, alinéa 5).

DBL5151.book Page 312 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

s'assure des avoirs de la succursale en attendant qu'il soit statué sur leur destination et qui est habilité à prendre toutes mesures conservatoires dans l'intérêt des créanciers (article 76).

La Commission bancaire et financière peut communiquer à l'autorité de contrôle d'un établissement de crédit relevant du droit d'un autre État membre de la Communauté européenne les raisons qu'elle a de considérer que la situation de la succursale en Belgique de cet établissement ne présente pas les garanties nécessaires sur le plan de la bonne organisation administrative ou comptable ou du contrôle interne (article 77).

215. Libre prestation de services des banques européennes. Par ailleurs, les établissements de crédit relevant du droit d'un autre État membre de l'Union européenne sont admis à exercer en Belgique leurs activités sous le régime de la libre prestation de services, après notification, par la Commission bancaire, financière et des assurances, de la réception de la communication à elle faite par l'autorité de contrôle du pays d'origine (article 66 de la loi du 22 mars 1993). La Commission bancaire, financière et des assurances en publie chaque année la liste ; au 31 décembre 2003, plus de 300 établissements européens étaient admis à la libre prestation de services en Belgique (473).

216. Exigences communes. Les établissements de crédit de l'Espace économique européen font, dans l'exercice de leur activité en Belgique, accompagner leur dénomination de la mention de leur État d'origine et, dans le cas de la libre prestation de services, de leur siège social (article 67).

L'article 75 confère d'importants pouvoirs à la Commission bancaire, financière et des assurances lorsque celle-ci constate qu'un établissement de crédit relevant d'un autre État membre de la Communauté européenne opérant en Belgique à l'intermédiaire d'une succursale ou par voie de prestation de services ne se conforme pas aux dispositions légales et réglementaires applicables en Belgique dans le domaine de compétence de la Commission. Une collaboration est naturellement pré-

(473) Voy. l'arrêté du 22 février 2005 de la Commission bancaire, financière et des Assurances établissant la liste des établissements de crédit relevant du droit d'un autre État membre de l'Espace économique européen qui peuvent recevoir en Belgique sous le régime de la libre prestation de services, prévu à l'article 66 de la loi du 22 mars 1993, des dépôts d'argent et d'autres fonds remboursables du public (*M.B.*, 15 mars 2005) ; les pays d'origine de ces établissements de crédit admis à la libre prestation de services sont, par ordre décroissant du nombre d'établissements, le Royaume-Uni (78), les Pays-Bas (68), le Luxembourg (36), la France (34), l'Allemagne (30), l'Irlande (24), le Portugal (12), l'Autriche (10), le Danemark (6), l'Espagne (5), la Finlande (3), l'Italie (2), la Norvège (2), Gibraltar et la Suède (1 établissement chacun).

DBL5151.book Page 313 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

vue avec l'autorité de contrôle du pays d'origine de l'établissement de crédit et avec la Commission européenne.

217. Succursales belges de banques non européennes. Les établissements de crédit non européens ne sont pas admis à la libre prestation de services. Quant aux succursales en Belgique des établissements de crédit relevant du droit d'États qui ne sont pas membres de l'Union européenne, de nombreuses dispositions de la loi du 22 mars 1993 leur sont rendues applicables par le titre IV de cette même loi, contenant les articles 79 à 84*bis* de la loi. Les exigences d'implantation sont naturellement plus strictes, tant pour l'accès que pour l'exercice de l'activité. La Commission bancaire, financière et des assurances peut refuser d'agréer la succursale d'un établissement de crédit soit si le droit de l'État dont elle relève n'accorde pas les mêmes possibilités d'accès à son marché aux établissements de crédit de droit belge, soit si elle estime que la protection des épargnants ou la gestion saine et prudente de l'établissement exige la constitution d'une société de droit belge.

On retrouve une possible collaboration entre la Commission bancaire, financière et des assurances et les autorités de contrôle étrangères. Comme à l'accoutumée, une liste des succursales en Belgique des établissements de crédit relevant du droit d'un État non membre de l'Union européenne est dressée chaque année (articles 79, § 1er, 2° et 13, alinéa 1er, de la loi) (474).

218. Frontières à perméabilité variable. Dans ce tableau significatif de la globalisation à l'échelon mondial des activités financières, le fonctionnement de la justice fait piètre figure. Selon l'un de ses plus fins connaisseurs, « la procédure est territoriale par essence » (475). Il est classiquement enseigné que les décisions judiciaires sont « l'émanation du pouvoir souverain des États et ont par définition des effets strictement territoriaux » (476). Nous verrons en sus qu'au sein de la procédure

(474) Voy. l'arrêté du 22 février 2005 de la Commission bancaire, financière et des Assurances établissant la liste des établissements de crédit agréés en Belgique (*M.B.*, 15 mars 2005) ; on dénombre 9 succursales de banques non européennes ayant leur siège social aux États-Unis (3), en Inde (2), au Japon (2), au Maroc (1) et au Pakistan (1).

(475) S. GUINCHARD, « Quels principes directeurs pour les procès de demain ? », in *Mélanges Jacques van Compernolle*, Bruylant, 2004, pp. 201 et s., sp. p. 204, qui signale néanmoins que la procédure est « maintenant largement mâtinée d'influence européenne » ; voy. ég. R. VANDER ELST, « Les aspects internationaux du droit de l'exécution selon le Code judiciaire et les traités bilatéraux conclus par la Belgique », in *Les voies conservatoires et d'exécution — Bilan et perspectives*, Jeune Barreau de Bruxelles, 1982, pp. 247 et s., sp. p. 249.

(476) C. TUBEUF, « L'efficacité internationale des décisions dans l'espace judiciaire européen », *R.D.C.*, 2001, pp. 603 et s., sp. p. 604, n° 3 ; *adde* P. WAUTELET, « What has international private law achieved in meeting the challenges posed by globalisation », in *Globalisation and Jurisdiction*, Kluwer Law International, 2004, pp. 55 et s.

DBL5151.book Page 314 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

civile, le droit de l'exécution paraît particulièrement rétif tant à l'importation qu'à l'exportation.

Bien que notre recherche ne s'attache ni au droit comparé ni au droit international privé, cet antagonisme entre les systèmes économique et juridique nous incite, dans le sillage d'autres études (477), à consacrer des développements à l'appréhension des comptes bancaires dans un contexte transfrontière. Il est en effet inconcevable d'ignorer l'importance de l'activité internationale des établissements de crédit et ses répercussions sur le droit du recouvrement. Se borner à considérer la saisie de la monnaie scripturale dans une perspective purement nationale reviendrait d'ailleurs à passer sous silence les acquis du droit européen, qui, à l'instar du droit international privé, font naturellement partie du droit positif belge.

Le sujet est d'une brûlante actualité européenne. Un brillant comparatiste estime que la saisie des créances a été en pratique, durant ces dernières années, « la voie d'exécution la plus féconde et la plus importante sur le territoire de l'Union » (478). De même, à lire un des meilleurs spécialistes de la saisie bancaire, par ailleurs consultant juridique auprès d'une importante banque française, la saisie des créances et en particulier des créances bancaires « représente un intérêt vital pour la très grande généralité des créanciers et en particulier pour les entreprises, quel que soit leur secteur d'activité » (479).

219. Délimitation et plan du paragraphe. Une étude du droit international privé dans le cadre de la présente recherche ne se justifie que dans la perspective de la saisie de la monnaie scripturale. De nombreuses questions sont susceptibles de se poser dans un contexte transnational. Ainsi, est-il concevable d'obtenir d'un juge belge la saisie d'un compte ouvert par un établissement de crédit dans un autre pays ? À l'inverse, une juridiction étrangère pourrait-elle ordonner une saisie entre les mains d'une banque ayant son siège social en Belgique ? Une saisie opérée entre les mains d'un établissement de crédit ayant son siège social à Bruxelles bloque-t-elle les fonds déposés entre les mains d'une succursale étrangère de cet établissement ?

(477) Voy. récemment B. HESS, « Study No. JAI/A3/2002/02 on making more efficient the enforcement of judicial decisions within the European Union : Transparency of a Debtor's Assets — Attachment of Bank Accounts — Provisional Enforcement and Protective Measures », disponible sur le site http://www.ipr.uni-heidelberg.de ; cette étude, demandée à son auteur par la Commission européenne, trace les pistes essentielles à l'élaboration de nouveaux instruments.

(478) K.D. KERAMEUS, « Rapport de synthèse », in *L'aménagement du droit de l'exécution dans l'espace communautaire — Bientôt les premiers instruments*, Éditions juridiques et techniques, Collection Passerelle, 2003, pp. 273 et s., sp. p. 274.

(479) J.-M. DELLECI, « La saisie européenne des avoirs bancaires », *op. cit.*, p. 262.

DBL5151.book Page 315 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

Afin de répondre à ces questions, il nous semble pertinent d'exposer en premier lieu la position adoptée par une doctrine et une jurisprudence abondantes, consistant à prôner la territorialité des poursuites (A). Dans un second temps, on examinera si et de quelle façon ce principe pourrait être contourné, voire directement affronté, afin que soient mieux servis le recouvrement d'une créance consacrée par un titre et, partant, l'efficacité de la justice (B).

Avant d'entamer nos développements, signalons qu'en raison de leur importance statistique, nous pensons pouvoir limiter notre analyse à la réception des jugements étatiques et laisser de côté les questions relatives à la reconnaissance et à l'exécution d'autres actes, tels les actes notariés et les sentences arbitrales. Par ailleurs, nous n'examinerons pas les questions que pose la transmission des actes de procédure dans une perspective internationale.

A. *Les limites de la territorialité*

220. Territorialité du droit de l'exécution. Le droit de l'exécution accuse une nette tendance à ignorer l'altérité internationale. En 1990, un auteur expliquait par « l'omniprésence de la loi du for » le peu d'études comparatives dans la matière des voies d'exécution (480). Il est en effet traditionnellement enseigné que le droit des saisies dans sa généralité relève d'une stricte territorialité. Il s'agit d'une « norme très généralement admise », selon Mme Gaudemet-Tallon (481), ce que confirme une doctrine substantielle (482). Signe de son ancrage durable, un tel enseignement est repris comme tel dans des instruments novateurs consacrant un degré élevé d'intégration. Ainsi en est-il de l'article 22, 5°, du règlement 44/

(480) F. AMELI, *La saisie-arrêt en droit international privé*, thèse Paris I, (Polyc.), 1990, p. IV, n° 2 ; *adde* E. GUINCHARD, « Les procédures civiles d'exécution en droit international privé », in *Droit et pratique des voies d'exécution*, Dalloz Action, 2004-2005, n^os^ 17.00 et s., sp. n° 1711.08, qui justifie ainsi l'intérêt d'étudier les procédures civiles d'exécution en droit international privé : « La territorialité de l'exécution étant la règle en droit français, on pourrait croire que la matière échappe au droit international privé pour ne relever que du droit interne. Toutefois, la présence d'un élément d'extranéité complique l'interprétation, l'application des textes de droit interne. Ce sont ces difficultés qu'il convient d'examiner [...] ».

(481) H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, L.G.D.J., Droit des affaires, 2002, 3^e^ éd., p. 86, n° 120.

(482) Voy. J. ERAUW, « De problemen van grensoverschrijding voor executiemaatregelen in Europa », in *Le droit processuel et judiciaire européen*, La Charte, 2003, pp. 485 et s., sp. 489 ; M. SÉNÉCHAL, *L'effet réel de la procédure collective : essai sur la saisie collective du gage commun des créanciers*, *op. cit.*, p. 243, n° 244 ; A. HUET, « Procédure civile et commerciale dans les rapports internationaux — Domaine de la *lex fori* : jugement et voies d'exécution, *Juris-Classeur, Droit international*, fasc. n° 582-30, 2001, n° 41 ; V. BONNET, Biens — Conflits de lois — Applications en matière civile, *Juris-Classeur, Droit international*, fasc. 550, Litec, 1999, n° 100 ; A. SINAY-CYTERMANN, Obligations, *Juris-Classeur, Droit international*, fasc. n° 554, 1998, n° 71 ; Ph. THÉRY, « Voies d'exécution », in *Rép. internat. Dalloz*, 1998, p. 2, n° 6, pp. 3 et 4, n^os^ 11 à 17 ; *R.P.D.B.*, Compl. VIII, v° Saisie-arrêt bancaire, *op. cit.*, p. 811, n° 21.

DBL5151.book Page 316 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

2001, reproduction de l'article 16, 5°, de la Convention de Bruxelles, qui réserve une compétence exclusive, en matière d'exécution des décisions, aux tribunaux de l'État membre du lieu de l'exécution. Il en est de même du récent règlement n° 805/2004 du 21 avril 2004 consacrant le titre exécutoire européen pour les créances incontestées (483). On peut également citer, dans un registre d'ouverture atténué mais néanmoins caractéristique de l'instrument, l'article 10 du Code belge de droit international privé (484).

Nonobstant sa persistance dans les traditions juridiques, la territorialité du droit de l'exécution suscite d'importantes difficultés lorsqu'il s'agit d'intercepter la monnaie scripturale. Ces embarras concernent tant le terrain d'élection du principe même (1) que son application aux avoirs incorporels (2).

1° Territorialité et mesures conservatoires

221. Position de la question. Comme l'écrit M. Théry, en pleine adhésion avec l'enseignement traditionnel, « le droit de l'exécution […] est strictement territorial parce que la contrainte est une manifestation immédiate de la souveraineté sur le territoire de l'État » (485). Mais qu'entend-on par contrainte ? Nul doute que cette notion recouvre la vente forcée de meubles corporels ou d'immeubles, par la voie d'un huissier de justice, d'un notaire ou d'un organisme étatique chargé du recouvrement. On n'hésite guère non plus à rattacher à la contrainte le fait qu'un débiteur tiers saisi soit amené à exécuter son obligation non pas au profit de son propre créancier, mais au profit des créanciers de ce dernier. Par contre, une simple autorisation judiciaire de procéder à une mesure d'immobilisation de tels biens participe-t-elle également de la contrainte ? En d'autres termes, faut-il traiter de la même manière mesures conservatoires et voies d'exécution ? À suivre la récente thèse de M. Cuniberti, tel n'est pas le cas. Le débat est évidemment essentiel pour notre sujet, eu égard à l'extrême volatilité de la monnaie scripturale.

222. L'extraterritorialité des mesures conservatoires. La recherche de M. Cuniberti a l'ambition de doter les mesures conservatoires d'une réglementation internationale « plus attentive aux besoins des justicia-

(483) Règlement (CE) n° 805/2004 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées, *J.O.U.E.*, 30 avr. 2004, L 143/15 ; voy. Chr. HUGON et B. MENUT, « Les enjeux européens du recouvrement de créances », *Droit et procédures*, 2005, pp. 69 et s., sp. p. 73, n° 23.

(484) Sur ce point, voy. A. NUYTS, « Compétence judiciaire », in *Le nouveau droit international privé belge*, *J.T.*, 2005, pp. 177 et s., sp. p. 179, n° 43 ; *adde infra*, n° 262.

(485) Ph. THÉRY, *Voies d'exécution*, *op. cit.*, p. 3, n° 13.

DBL5151.book Page 317 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

bles et moins obsédée par ceux de l'État » (486). La reconnaissance de l'extraterritorialité répliquerait plus efficacement à ceux qui utilisent les frontières comme remparts à des pratiques répréhensibles, qu'elles soient purement civiles ou même pénalement sanctionnées (487). On ne peut qu'accueillir avec enthousiasme l'objectif poursuivi par l'auteur. Reste à examiner si la solution prônée concilie praticabilité, efficacité et sécurité juridique.

Le phénomène de l'extraterritorialité étudié par M. Cuniberti s'analyse en deux étapes : « Un premier juge acceptera tout d'abord de prononcer une mesure conservatoire portant sur des biens situés dans le ressort d'un autre juge, lequel devra ensuite se déterminer quant à l'accueil qu'il entend réserver à la norme ainsi émise à l'étranger. Admettre l'extraterritorialité, ce sera donc à la fois accepter de statuer sur une situation localisée à l'étranger (extraterritorialité directe), et reconnaître une norme équivalente émise à l'étranger eu égard à une situation se situant dans l'ordre juridique du for (extraterritorialité indirecte) » (488).

Nous verrons qu'au sein de l'espace européen, l'extraterritorialité directe connaît certains acquis (489). Ils restent cependant platoniques, en raison de l'incertitude tenant à leur réception dans le for d'accueil. En tout état de cause, à supposer que l'importation soit finalement admise, d'évidentes raisons feront toujours regretter la nécessité d'un exequatur (490).

---

(486) G. CUNIBERTI, *Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 341, 2000, sp. p. 170, n° 229.

(487) « De très nombreux ordres juridiques, en raison du caractère accessoire des mesures conservatoires, lient compétence au fond et compétence conservatoire. Tel est le cas de Jersey […] La situation est identique dans de nombreux paradis bancaires (îles Barbades, Caïmans, Bermudes, Bahamas, Turks et Caicos […]). Or 60 % des capitaux mondiaux seraient détenus dans des paradis bancaires » (G. CUNIBERTI, *Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger*, *op. cit.*, p. 3, n° 4, note n° 9).

(488) G. CUNIBERTI, *Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger*, *op. cit.*, p. 13, n° 14.

(489) On constate ainsi qu'il est unanimement admis dans l'espace européen qu'un juge compétent internationalement pour connaître du fond d'un litige peut ordonner des mesures conservatoires dont l'objet n'est pas nécessairement localisé sur son territoire (voy. *infra*, n° 251) ; *adde* G. CUNIBERTI, *Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger*, *op. cit.*, p. 13, n° 14, p. 32, n° 39, note n° 73).

(490) Dans le contexte d'un recouvrement international où le patrimoine saisissable est réparti dans plusieurs États, la procédure d'exequatur présente l'inconvénient d'avertir le débiteur de risques de poursuites dans d'autres fors ; ainsi, évoquant, à l'appui d'une argumentation prônant l'efficacité extraterritoriale de mesures conservatoires, le cas du dictateur déchu Duvalier, qui avait disséminé le produit de ses exactions via des sociétés écrans titulaires de comptes ouverts dans 7 pays différents, M. Cuniberti écrit : « La multiplication des procédures, qui ne pourraient être totalement simultanées, augmenterait en outre les risques de fuites et d'information corrélative du débiteur qui ruinerait tout effet de surprise […] Précisons néanmoins que cet argument perdrait beaucoup de sa valeur si l'efficacité de la mesure à l'étranger devait nécessiter une intervention du juge local, dans le cadre d'une instance en exequatur, par exemple » (G. CUNIBERTI, *Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger*, *op. cit.*, p. 3, n° 4).

DBL5151.book Page 318 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

223. Trame de la recherche de M. Cuniberti. Il n'est ni concevable ni opportun de résumer l'ouvrage de M. Cuniberti dans la présente recherche. Nous souhaitons uniquement en extraire les développements qui s'avèrent féconds pour notre propos, tout en les soumettant naturellement à un regard critique. Il nous paraît simplement utile, pour la facilité du lecteur, de schématiser le cheminement de la recherche de M. Cuniberti.

Dans la première partie de sa thèse, l'auteur démontre que l'extraterritorialité est par principe admissible. Une telle admissibilité est d'abord envisagée, dans un titre préliminaire, abstraction faite des deux phases, directe et indirecte, de ce phénomène ; l'auteur démontre que ni le droit international public ni le droit international privé ne s'opposent à l'extraterritorialité en matière conservatoire (491). Dans la seconde partie de sa recherche, il s'attache à en examiner les modalités, domaine largement délaissé par la théorie traditionnelle du droit international privé, étant donné la pure territorialité classiquement prônée en ce qui concerne les mesures conservatoires (492).

224. Extraterritorialité et droit international privé. Dans le second chapitre de son titre préliminaire, l'auteur envisage les objections à l'extraterritorialité déduites des principes traditionnels du droit international privé. Pour deux catégories de rattachement, le statut réel immobilier — sur lequel l'auteur ne s'appesantit pas (493) — et les voies d'exécution, « la présence actuelle des biens qui sont l'objet du litige sur le territoire du for est une condition *sine qua non* pour qu'un des tribunaux de cet État se reconnaisse compétence » (494). Il lui faut dès lors démontrer, contrairement à l'opinion dominante, que les mesures conservatoires constituent, en droit interne et de surcroît en droit international privé, une catégorie juridique autonome et partant distincte de celle des mesures d'exécution (495).

(491) Le principe de l'extraterritorialité directe étant admis, M. Cuniberti étudie dans un premier titre ses manifestations dans différents pays européens, principalement le Royaume-Uni, l'Allemagne et l'Italie ; il lui paraît cependant inopportun de ne pas d'ores et déjà tenir compte de l'accueil que pourra recevoir la mesure décidée dans un autre pays ; il distingue à cet égard selon que cette reconnaissance future est inutile, délaissée ou prise en compte.

(492) Voy. ainsi Ph. THÉRY, *Voies d'exécution*, *op. cit.*, p. 2, n° 9 : « N'existe-t-il pas un monopole de chaque État pour les mesures d'exécution sur son territoire, de sorte que la question de la compétence internationale se trouve évincée ? ».

(493) Cela paraît singulier, étant donné que l'efficacité d'une mesure conservatoire extraterritoriale portant sur un immeuble devrait également surmonter cette objection traditionnelle ; nous ne nous y attardons pas, au regard de l'objet de notre étude.

(494) G. CUNIBERTI, *Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger*, *op. cit.*, p. 35, n° 40.

(495) Comme le résume Mme Muir Watt, il s'agit de dénouer le lien traditionnel entre mesures conservatoires et voies d'exécution, en donnant à ces dernières une autonomie conceptuelle tenant à la mise en œuvre de la contrainte matérielle (H. MUIR WATT, Préface à l'ouvrage de M. CUNIBERTI, p. V, n^{os} 1 et 2).

DBL5151.book Page 319 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

En droit interne, M. Cuniberti argumente que les saisies conservatoires n'emportent pas satisfaction du créancier, ne sont pas les préalables nécessaires de l'exécution et connaissent un régime juridique différent de celui des mesures qui consacrent celle-ci. Spécialement, « si les procédures conservatoires sont, dans certains ordres juridiques, en partie menées à bien par un organe public spécialisé, les procédures d'exécution sont, elles, exclusivement extra-judiciaires. Hors contestation, et sauf exceptions, ces dernières ne nécessitent aucune intervention du juge. Les procédures conservatoires, au contraire, sont essentiellement des procédures judiciaires » (496).

Quant au traitement que réserve le droit international privé à la distinction entre mesures conservatoires et voies d'exécution, M. Cuniberti examine d'abord le régime de ces mesures qui, à l'instar des mesures conservatoires, frôlent le domaine de l'exécution forcée : la compensation légale, l'action paulienne, la clause pénale et le droit de rétention (497). Il constate que ces mesures ne se voient aucunement appliquer un critère territorial. Dès lors, rien ne s'oppose à ce que les mesures conservatoires conservent un traitement international distinct de celui des voies d'exécution, qui ne reçoivent en droit international une telle qualification qu'en cas d'intervention d'un organe d'exécution (498). Ensuite, de l'examen de la faillite se déduit que les voies d'exécution ne sont pas toujours confinées à la territorialité (499). Dès lors n'y a-t-il aucune « impossibilité logique à faire produire [aux mesures conservatoires] des effets extraterritoriaux » (500).

La position de l'auteur n'est, à cet égard, pas isolée. Il peut se prévaloir de développements doctrinaux mettant en question l'assimilation

(496) G. CUNIBERTI, *Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger*, *op. cit.*, pp. 43 et 44, n° 49.

(497) « Si [le fait d'annoncer l'exécution] devait suffire à unir le conservatoire et l'exécution forcée dans une même catégorie, il faudrait alors expliquer pourquoi tant d'autres institutions présentant des liens similaires avec l'exécution forcée devraient en être distinguées. Car des institutions qui tendent exclusivement à garantir le payement de la créance, et qui par là même laissent augurer des lendemains conflictuels entre les parties, il en existe beaucoup » (G. CUNIBERTI, *Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger*, *op. cit.*, pp. 45 à 50, n^{os} 52 à 59).

(498) G. CUNIBERTI, *Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger*, *op. cit.*, p. 51, n° 61.

(499) « En toute logique, le régime international des procédures collectives devrait être aussi restrictif que celui des voies d'exécution. En effet, il y a à la fois exécution forcée et intervention d'un organe public […] Pourtant, le droit de la faillite connaît un régime beaucoup plus libéral » (G. CUNIBERTI, *Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger*, *op. cit.*, pp. 52 et 53, n° 62) ; l'examen par M. Cuniberti du traitement réservé par le droit international privé français au pacte commissoire prohibé par l'article 2078 du Code civil convainc moins, puisque celui-ci ressortit au statut réel ; la solution de territorialité s'impose donc, fût-ce indirectement.

(500) G. CUNIBERTI, *Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger*, *op. cit.*, p. 53, n° 63.

DBL5151.book Page 320 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

des mesures conservatoires aux voies d'exécution (501), ou interprétant strictement le concept d'exécution ; ainsi, évoquant la compétence exclusive du contentieux de l'exécution prévue par les articles 16-5° de la Convention de Bruxelles et 22-5° du règlement n° 44-2001 du 22 décembre 2000, Mme Gaudemet-Tallon, écrit que ces dispositions « ne s'appliquent pas pour déterminer la compétence d'une juridiction qui se contente d'autoriser ou d'ordonner une mesure d'exécution : une juridiction d'un État contractant peut autoriser une saisie conservatoire de biens situés sur le territoire d'un autre État contractant […] La solution est logique : ordonner ou autoriser la mesure d'exécution ne porte pas atteinte à la souveraineté de l'État sur le territoire duquel se trouvent les biens » (502).

225. Accueil de la mesure conservatoire étrangère : simple reconnaissance ou exequatur ? L'extraterritorialité indirecte, soit la question de la reconnaissance par un État d'une décision étrangère permettant une mesure conservatoire concernant des biens situés sur son territoire, est reliée au défi dans la thèse de M. Cuniberti. C'est avec un étonnement quelque peu agacé que l'on découvre sous sa plume que les juridictions qui se déclarent compétentes pour ordonner des mesures conservatoires à effet extraterritorial — car il en existe, nonobstant l'enseignement traditionnel — refusent fréquemment la reconnaissance aux décisions de juridictions étrangères qui ont fait de même (503).

(501) Voy. ainsi C. KESSEDJIAN, « Note sur les mesures provisoires et conservatoires en droit international privé et droit comparé », n° 108, disponible sur le site internet de la Conférence de La Haye sur le droit international privé (http://hcch.e-vision.nl) qui, à propos de l'assimilation des mesures conservatoires aux voies d'exécution, écrit : « On peut se demander si cette analogie est toujours pertinente. En effet, une mesure conservatoire est avant tout une décision prise par un juge qui n'a pas en elle-même la nature d'une voie d'exécution. En revanche, son exécution revêt cette nature, mais alors, la problématique n'est pas réellement différente de celle qui se pose pour toute autre décision. La seule réelle difficulté pourrait être l'ignorance par le droit du for de la mesure prononcée à l'étranger et l'impossibilité de l'exécuter en tant que telle. Toutefois, les principes actuels de coopération judiciaire internationale pourraient entraîner une obligation du juge du for de procéder à une exécution par substitution. En effet, une mesure équivalente connue par le droit du for pourrait être exécutée en lieu et place de la mesure étrangère inconnue ».

(502) H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, *op. cit.*, p. 86, n° 120 ; l'auteur précise que le refus de reconnaissance déduit de l'arrêt *Denilauler* de la C.J.C.E., sur lequel nous reviendrons dans les lignes qui suivent, s'explique pour des raisons totalement étrangères à l'article 16, 5°, de la Convention de Bruxelles ; voy. le 17e attendu de cet arrêt : « L'article 24 n'exclut pas que des mesures provisoires ou conservatoires puissent être ordonnées dans l'État d'origine à la suite d'une procédure de nature contradictoire — fût-elle par défaut — puissent faire l'objet d'une reconnaissance et d'une autorisation d'exécution dans les conditions prévues par les articles 25 à 49 de la convention » ; selon E. Guinchard, « le seul enseignement certain du droit international public (est) la territorialité des opérations matérielles d'exécution » (E. GUINCHARD, « Réflexions autour de l'accueil de l'injonction Mareva par la Cour de cassation française », note sous Cass. fr., 1re civ., 30 juin 2004, *Int'l Lis*, n° 2005/1, pp. 41 et s., sp. p. 44, n° 17).

(503) G. CUNIBERTI, *Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger*, *op. cit.*, p. 173, n° 231 ; *adde* E. GUINCHARD, « Réflexions autour de l'accueil de l'injonction Mareva par la Cour de cassation française », *op. cit.*, p. 47, n° 33, qui, quant au sort international des injonc-

DBL5151.book Page 321 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

L'étude de cette question impose qu'on s'interroge sur la nature de l'accueil. Celui-ci participera-t-il de la reconnaissance ou de la déclaration exécutoire ? « Si l'accueil d'une mesure conservatoire doit suivre la voie de l'instance en exequatur, ce sera donc parce qu'il ressortit à l'exécution forcée. Or, on l'a vu, la doctrine a toujours considéré les mesures conservatoires comme des voies d'exécution […] Pour de nombreux auteurs, c'est l'évidence même qu'une procédure d'exequatur serait nécessaire pour procéder à l'accueil d'une mesure conservatoire étrangère. Pourtant, il nous semble au contraire que cet accueil ne pourrait être analysé comme une exécution forcée de la décision étrangère. De récentes évolutions législatives nous confortent dans notre opinion » (504). Selon M. Cuniberti, une intervention d'un organe du for, tel un huissier de justice, n'emporte pas inéluctablement qu'il s'agisse d'une exécution forcée. Il puise dans le traitement international des procédures d'insolvabilité, antérieur à l'entrée en vigueur du règlement n° 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, une décision parisienne qui fait découler de la reconnaissance de plein droit d'une faillite belge la possibilité pour le curateur de cette faillite d'accéder à la gestion des comptes bancaires tenus en France (505). Ensuite, constatant l'admission par la jurisprudence française de la décision étrangère au fond comme seul fondement d'une mesure conservatoire, il prône l'application de cette bienveillance à la mesure conservatoire étrangère (506). La réforme de 1991 des procédures d'exécution a relégué la théorie de l'effet de titre pour permettre de reconnaître le jugement étranger

tions, écrit non sans humour : « On constate une fois de plus combien l'argumentation relative à l'injonction convainc par sa force de raisonnement sauf lorsqu'on est concerné. Cette dernière hypothèse revêt deux modalités. Soit le juge étranger, à propos d'une autre affaire voire d'un autre domaine, imite le premier juge, qui subitement n'est plus convaincu par ce qui était sa propre argumentation, et l'on peut citer ici la réaction des juges anglais lorsque les juges néerlandais ont commencé à prendre des injonctions extraterritoriales en matière de brevets d'invention. Soit l'imitation a lieu dans la même affaire et l'affrontement, c'est-à-dire la non-croyance de chacun en l'argumentation de l'autre (qui est aussi la sienne), est patent… ».

(504) G. CUNIBERTI, *Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger*, *op. cit.*, p. 175, n° 232.

(505) G. CUNIBERTI, *Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger*, *op. cit.*, pp. 175 à 177, n^{os} 233 à 235.

(506) « Les deux cas de figure doivent être rapprochés, tout d'abord parce que les décisions étrangères seraient utilisées exactement dans le même but, mais aussi en raison de la soumission de la mesure conservatoire aux mêmes conditions dans les deux hypothèses, le jugement étranger ne pouvant être utilisé directement qu'en présence de circonstances susceptibles de menacer le recouvrement de la créance. On ajoutera qu'il serait paradoxal que l'on ne puisse pas faire directement ce que l'on fait de manière indirecte, et que le jugement constatant l'existence d'une créance puisse suffire à fonder une mesure conservatoire, alors que le même jugement spécialement destiné à cet effet ne pourrait arriver au même résultat » (G. CUNIBERTI, *Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger*, *op. cit.*, p. 178, n° 236) ; *contra* Bruxelles (2^{e} ch.), 24 juin 1977, *J.T.*, 1977, p. 747 avec obs. A. KOHL.

DBL5151.book Page 322 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

comme il est (507). L'auteur conclut que « malgré la nécessaire intervention de l'huissier, l'accueil d'une mesure conservatoire étrangère doi[t] s'analyser comme une reconnaissance » (508).

226. Objections à la reconnaissance des mesures ordonnées à l'étranger. Cette question tranchée et après avoir déduit de l'examen des nombreux traités à laquelle la France est partie « une absence d'impossibilité logique à reconnaître les mesures conservatoires étrangères » (509), M. Cuniberti examine les obstacles traditionnellement posés par la doctrine pour interdire la reconnaissance aux mesures conservatoires étrangères. Elles sont souvent stigmatisées de vices qui les rendraient impropres à pareille estime de la part du for requis. Il s'agit principalement de leur précarité et de leur unilatéralité.

Quant à la précarité, M. Cuniberti argumente que tous les jugements, et non seulement ceux qui consacrent une mesure provisoire, sont naturellement tributaires de vents contraires. Aucune distinction convaincante ne s'imposerait à cet égard entre jugements provisoires et jugements classiques (510). Quant à leur unilatéralité, l'auteur s'attelle essentiellement à démontrer que la Convention de Bruxelles n'a pas été voulue aussi pointilleuse en matière d'instruction contradictoire que la Cour de justice l'a interprétée. Avant de conclure, l'auteur constate que les inconvénients de l'unilatéralité de la procédure à l'origine de la mesure conservatoire sont précisément atténués par la reconnaissance de l'effet extraterritorial (511).

(507) G. CUNIBERTI, *Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger*, *op. cit.*, p. 180, n° 136 ; *adde* H. MUIR-WATT, « Le mythe de « l'effet de titre » : le statut des jugements étrangers dans le contentieux du provisoire », in *La procédure en tous ses états — Mélanges en l'honneur de Jean Buffet*, Petites affiches, 2004, pp. 347 et s., sp. p. 352, n° 9 : « accepter qu'un jugement étranger puisse fonder une mesure conservatoire en France, indépendamment de toute autorisation judiciaire semble bien signifier que l'on reconnaît un effet véritablement normatif à l'appréciation du rapport d'obligation faite par le juge étranger, non pas en sa qualité de témoin privilégié de l'existence de la créance, mais en raison de la dimension juridictionnelle de son activité ».

(508) G. CUNIBERTI, *Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger*, *op. cit.*, p. 182, n° 237-2 ; *adde* B. HESS, « La procédure d'arrest (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. 244 : « Au premier abord, la saisie sur comptes transfrontalière paraît transposer aux voies d'exécution 'le principe communautaire de la reconnaissance mutuelle'. L'acte d'exécution déploie en effet dans tous les États membres le même effet que dans le pays d'origine. À la base de cette extension d'effet on trouve la confiance réciproque en l'égale valeur des droits des voies d'exécution dans l'espace judiciaire européen ».

(509) G. CUNIBERTI, *Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger*, *op. cit.*, p. 188, n° 243.

(510) G. CUNIBERTI, *Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger*, *op. cit.*, pp. 196 à 202, n^{os} 252 à 256.

(511) G. CUNIBERTI, *Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger*, *op. cit.*, pp. 210 et 211, n° 266 ; cette atténuation tient essentiellement au fait que l'auteur prône la compétence internationale du for du domicile du débiteur, en sorte que le recours de ce dernier contre la mesure conservatoire est facilité.

DBL5151.book Page 323 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

227. Appréciation critique. Les développements de M. Cuniberti sont brillants, mais nous paraissent parfois trop spéculatifs et désincarnés de la réalité des choses (512). Ainsi, d'autant plus dur est le retour aux contingences du terrain lorsque l'on lit, sous la rubrique « Mesures provisoires et mesures conservatoires — Droit communautaire », du site du Réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale, que « dans un grand nombre d'États membres, [de telles mesures] sont néanmoins limitées au patrimoine situé dans l'État d'origine ou sont difficiles à mettre en œuvre dans un autre État » (513).

Des objections d'ordre juridique peuvent également être formulées. Tout d'abord, l'auteur assigne essentiellement pour objet à la mesure conservatoire une universalité, le patrimoine dans sa totalité (514). Or, tel n'est que rarement le cas, du moins dans les systèmes continentaux.

En ce qui concerne la différence de nature qui existerait entre saisie conservatoire et voie d'exécution, il est certain qu'elles servent une finalité différente dans des contextes dissemblables. Il est de plus tentant d'admettre une appréhension de la mesure conservatoire différente de celle de la voie d'exécution. En effet, le risque principal, maintes fois dénoncé (515), qui pèse sur l'établissement de crédit, réside dans l'occurrence de devoir payer deux fois sa dette, la première fois à un créancier saisissant ou à l'organe d'exécution qui le représente, la seconde fois au débiteur saisi parce que cette dernière opération ne serait pas reconnue à l'étranger. Ce risque étant absent de toute mesure conservatoire, une ouverture plus prononcée à l'altérité internationale est soutenue.

Il reste que l'usage de la contrainte, même indirecte, même édulcorée par le caractère fréquemment immatériel de son objet, reste nécessaire à l'efficacité de la mesure conservatoire. Aussi, M. Théry critique-t-il assez sévèrement les positions doctrinales et les (maigres) acquis européens en la matière (516). De même, citant la communication du

(512) En ce sens également, E. GUINCHARD, « Réflexions autour de l'accueil de l'injonction Mareva par la Cour de cassation française », note sous Cass. fr. (1re civ.), 30 juin 2004, *Int'l Lis*, n° 2005/1, pp. 41 et s., sp. p. 47, n° 35, qui reproche en substance à l'auteur une moindre attention aux voies d'exécution qu'au droit international privé.

(513) http://europa.eu.int/comm/justice_home/ejn/index_fr.htm

(514) G. CUNIBERTI, *Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger*, *op. cit.*, p. 53, n° 63 et p. 258, n° 346.

(515) Voy. spéc. F. AMELI, *La saisie-arrêt en droit international privé*, *op. cit.*, p. 7, n° 3 : « Les problèmes les plus graves qui peuvent se poser en relation avec la territorialité de la saisie-arrêt ont trait à l'absence de prise en considération dans chaque pays, de la voie intervenue dans un autre pays tout au moins dans ses effets » ; *adde ibid.*, nos 423 et s.

(516) Ph. THÉRY, *Voies d'exécution*, *op. cit.*, pp. 4 à 6, nos 23 à 35 : « Cette indisponibilité, but des saisies conservatoires, crée un point commun entre les mesures conservatoires et les mesures d'exécution forcée […] l'autorisation affecte directement le droit de propriété du débiteur sur ses biens » ; *adde*, du même auteur, « Judex Gladii (des juges et des contraintes en territoire français) », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? — Mélanges en l'honneur de R. Perrot*, Dalloz, 1996, pp. 477 et s., sp. p. 485, n° 19.

DBL5151.book Page 324 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

26 novembre 1997 de la Commission européenne au Conseil et au Parlement européen (517), aux termes de laquelle « la décision au fond bénéficie déjà en vertu de l'article 26 de la Convention de Bruxelles, d'une reconnaissance de plein droit sur la base d'une présomption de régularité internationale et doit valoir titre conservatoire européen », M. de Leval constate néanmoins : « On ne se dissimule pas que la mise en œuvre d'une saisie conservatoire peut nécessiter le recours à la contrainte (pénétration par la force dans un immeuble ; immobilisation forcée des fonds, etc.). À ce stade, la chose jugée (qu'exprime la reconnaissance) ne s'identifie pas à la force exécutoire au sens large » (518). Plus généralement, le professeur Normand a justement insisté sur l'unité conceptuelle qui existe entre les mesures conservatoires et les voies d'exécution (519). Dès lors, la contrainte nous paraît également présente dans les mesures conservatoires, même si son intensité est moindre ; il ne s'agit cependant que d'une différence de degré et non de nature (520).

De plus, en matière de saisie de la monnaie scripturale, est inéluctable l'intervention d'un établissement de crédit dont on ne peut négliger les droits. Un principe élémentaire de sécurité juridique doit permettre au tiers saisi de savoir à quoi s'en tenir. Les normes élaborées par le législateur national sont par essence d'une technicité pointilleuse, nécessaire au respect des intérêts respectifs en jeu. On peut, dès lors, légitimement s'inquiéter des doutes et des tracas qui accableraient une banque à qui serait notifiée une mesure conservatoire d'origine étrangère. Doit-elle endosser la responsabilité de bloquer les fonds, s'écartant ainsi des stipulations contractuelles qui la lient à son client ?

Tout bien considéré, la territorialité des normes régissant les événements intervenant en aval de l'œuvre juridictionnelle se comprend aisément. Le monopole de la contrainte qui échoit à chaque État sur son propre territoire justifie classiquement le principe. L'explication trahit cependant une vision étriquée et, à nos yeux, assez dépassée de la souveraineté étatique, spécialement au regard de la construction européenne. Ainsi, la frilosité d'une conception rigide de la souveraineté pose question lorsque l'on constate, avec M. Vincke, que les États ont abandonné

(517) Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, « Vers une efficacité accrue dans l'obtention et l'exécution des décisions au sein de l'Union européenne », COM (97) 609 final.

(518) G. de LEVAL, J. MATRAY et F. GEORGES, « Le passage transfrontalier du titre exécutoire », in *L'efficacité de la justice civile en Europe*, *op. cit.*, pp. 171, n° 15, note n° 23.

(519) J. NORMAND, « Rapport de synthèse » in *L'aménagement du droit de l'exécution dans l'espace communautaire — Bientôt les premiers instruments*, Éditions juridiques et techniques, Collection Passerelle, 2003, pp. 93 et s., sp. pp. 105 et 106 ; *adde* E. GUINCHARD, « Réflexions autour de l'accueil de l'injonction Mareva par la Cour de cassation française », *op. cit.*, p. 47, n° 36.

(520) En ce sens : R. PERROT et Ph. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, *op. cit.*, p. 39, n° 37 ; F. AMELI, *La saisie-arrêt en droit international privé*, *op. cit.*, pp. V et VI, n° 3.

DBL5151.book Page 325 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

en leur monnaie un signe bien plus visible de leur souveraineté que la justice (521).

En réalité, l'explication se trouve ailleurs. Pour citer les propos toujours ciselés de M. Perrot, « derrière la souveraineté étatique qui sert de paravent, il y a peut-être des raisons plus profondes : une certaine culture juridique propre à chaque nation, une certaine façon de penser, de vivre, d'écrire […] ou de respirer » (522). Par nature interdisciplinaire, le droit de l'exécution est particulièrement enraciné dans les traditions juridiques des États (523). Il appartient à ceux-ci de déterminer les conditions dans lesquelles l'exécution peut intervenir, ce qui est saisissable ou non, les étapes de la procédure et spécialement, à ce titre, les procédures de distribution (524). S'ajoutent les questions relatives au personnel de l'exécution (statut, liberté de choix, relations entre les agents d'exécution, créancier et débiteurs […]) (525). Chaque pays a latitude à cet égard pour balancer les intérêts en présence, en fonction de ses traditions et de son histoire, dans le respect d'un droit efficient à l'exécution des décisions de justice (526). Cela explique le pragmatisme qui incite à porter

(521) F. VINCKE, « Les entreprises européennes ont besoin de rapprochement », in *Procedural laws in Europe — Towards harmonisation*, Malku, 2003, pp. 15 et s., sp. p. 22.

(522) R. PERROT, « Rapport de synthèse », in *Mesures conservatoires et recouvrements transfrontaliers*, Colloque tenu à Lyon les 9 et 10 juin 2005, encore inédit, n° 1.

(523) « Enforcement structures are deeply embedded in national laws and only gradual adjustment is feasible » (W. KENNETT, « Enforcement : general report », in *Procedural laws in Europe — Towards harmonisation*, *op. cit.*, pp. 81 et S., sp. p. 94) ; du même auteur, voy. ég. « Aperçus comparatifs des différents modes d'exécution forcée des obligations pécuniaires dans l'Union européenne », 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. 255 et s. ; appréciant les résultats de sa recherche comparative du droit de 15 États membres sur la saisie des comptes bancaire, M. Hess conclut : « On the basis of the above results, some fundamental divergences between the national systems must be noted. While the basic structures of garnishment proceedings are similar (especially the two-stage structure of the procedure), the details are different in all Member States. Even in similar national systems (such as Luxembourg and Belgium), considerable divergence exists. Accordingly, it does not seem to be possible to categorize the national systems into « legal families ». Due to the principle of territoriality, the attachment systems in the Member States have been isolated from each other » (B. HESS, « Study No. JAI/A3/2002/02 on making more efficient the enforcement of judicial decisions within the European Union : Transparency of a Debtor's Assets — Attachment of Bank Accounts — Provisional Enforcement and Protective Measures », *op. cit.*, p. 75).

(524) C'est à juste titre qu'on a pu s'étonner de l'importation faite par M. Cuniberti dans sa thèse « d'un système étranger d'exécution sur un point aussi fondamental que celui du principe de priorité/d'égalité des créanciers » (E. GUINCHARD, « Réflexions autour de l'accueil de l'injonction Mareva par la Cour de cassation française », *op. cit.*, p. 47, n° 35).

(525) Sur ce point, voy. W. KENNETT, « Enforcement : general report », in *Procedural laws in Europe — Towards harmonisation*, *op. cit.*, pp. 81 et S., sp. pp. 96 à 100.

(526) E. JEULAND, « Les lacunes du droit judiciaire européen », in *Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen ?*, Dalloz, 2004, pp. 105 et s., sp. p. 106 ; *adde* la communication du 2 juin 2004 de la Commission au Conseil et au Parlement européen, « Espace de liberté, de sécurité et de justice : bilan du programme de Tampere et futures orientations, COM(2004) 401 final, p. 10 : « Le développement de l'espace judiciaire européen n'a ni pour objectif ni pour conséquence de mettre en cause les traditions juridiques et judiciaires des États membres. Cette approche fondée sur le principe de proportionnalité et de subsidiarité est affirmée par le projet de Traité constitutionnel. Le principe de reconnaissance mutuelle a été placé au cœur de la construction européenne en ce domaine. La

DBL5151.book Page 326 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

l'affaire au fond devant les juridictions de l'État où se trouve un patrimoine saisissable (527). En un mot, contrairement au dispositif qu'il sert, le plus souvent la condamnation à payer une somme d'argent, le droit de l'exécution n'est pas neutre.

En conclusion, il faut se résigner, pensons-nous, à ne pas nourrir trop d'illusions en matière d'extraterritorialité des mesures conservatoires, en droit international privé de droit commun du moins. La coopération la plus poussée, le respect minutieux des décisions étrangères qu'on a pu relever intervient entre pays très proches géographiquement, juridiquement et linguistiquement (528). Ainsi en est-il de mesures de saisie transitant entre l'Allemagne et l'Autriche ou encore lorsque des banques françaises de Strasbourg reçoivent et donnent suite à des *Arrestbefehle* allemands (529). Plus fondamental paraît l'accueil récemment consacré en France des effets d'une *freezing injunction* anglaise (530). Cette espèce mérite un bref commentaire.

Dans son arrêt du 30 juin 2004, la Cour de cassation de France a nettement rejeté le grief de violation de l'ordre public international qui était opposé à l'accueil de cette injonction, en décidant que « l'interdiction faite à la personne du débiteur de disposer en tout lieu de ses biens, dans la mesure où il s'agit de préserver les droits légitimes du créancier,

reconnaissance mutuelle exige cependant une base commune de principes partagés et de normes minimales, afin notamment de renforcer la confiance mutuelle. Une action forte en direction des professionnels pour assurer l'effectivité de la politique judiciaire européenne continuera à être nécessaire » ; voy. ég. J. van COMPERNOLLE, « Le droit à l'exécution : une nouvelle garantie du procès équitable », *op. cit.*, p. 479, n° 10 ; J. ERAUW, « De problemen van grensoverschrijding voor executiemaatregelen in Europa », *eod. loc.*, pp. 485 et s., sp. p. 486 ; B. HESS, « Study No. JAI/A3/2002/02 on making more efficient the enforcement of judicial decisions within the European Union : Transparency of a Debtor's Assets — Attachment of Bank Accounts — Provisional Enforcement and Protective Measures », *op. cit.*, p. 8 et 10 à 12 ; ce dernier auteur nuance cependant le principe et refuse de voir en la territorialité un « paradigme absolu » : voy. *ibid.*, pp. 76 à 88 ;

(527) G. de LEVAL, « Aperçu du droit de l'exécution dans les états membres de l'Union européenne », *L'huissier de justice*, 1998, n° 98/2.701, pp. 1 et s., sp. p. 15 ; du même auteur, « Les ressources de l'inversion du contentieux », in *L'efficacité de la justice civile en Europe*, Larcier, 2000, pp. 81 et s., sp. pp. 91 et 92 ; « On voit mal quel intérêt une partie pourrait avoir à solliciter dans un État une mesure à exécuter entièrement dans un autre, avec cette conséquence qu'elle devrait faire exequaturer dans cet autre État la décision ainsi obtenue avant de pouvoir l'y faire exécuter » (H. BORN, « L'article 24 de la Convention de Bruxelles », in *L'espace judiciaire européen en matières civile et commerciale*, *op. cit.*, p. 275) ; *adde* J.-P. CORREA DELCASSO, « La proposition de règlement instituant une procédure européenne d'injonction de payer », R.I.D.C., 2005, pp. 143 et s., sp. p. 168, qui termine par un constat identique l'examen justement critique de cette législation en gestation.

(528) Voy. G. CUNIBERTI, *Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger*, *op. cit.*, p. 188, n° 243.

(529) B. HESS, « La procédure d'arrest (saisie des comptes bancaires) en droit allemand », *op. cit.*, p. 243, note n° 111 ; *adde* Chr. HUGON et B. MENUT, « Les enjeux européens du recouvrement de créances », *Droit et procédures*, 2005, pp. 69 et s., sp. p. 71, n° 11, qui observent que « la jurisprudence tend timidement, mais sûrement, à tenir compte de décisions étrangères, notamment en matière de mesures conservatoires », sans malheureusement citer d'illustrations.

(530) Cass. fr. (1re civ.), 30 juin 2004, *Droit et procédures*, 2004, n° 6, pp. 346 et s., avec note G. CUNIBERTI, *Int'l Lis*, n° 2005/1, pp. 41 et s., avec note E. GUINCHARD, « Réflexions autour de l'accueil de l'injonction Mareva par la Cour de cassation française » ; sur cet arrêt, voy. ég. Ph. THÉRY, « Chronique de droit judiciaire privé », *Rev. trim. dr. civ.*, 2004, pp. 545 et s., sp. pp. 549 et s., qui compare le sort de l'accueil d'une telle injonction avec celui des injonctions « anti-suit ».

DBL5151.book Page 327 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

ne saurait porter atteinte à un droit fondamental du débiteur, ni même indirectement, à une prérogative de souveraineté étrangère, et, notamment, n'affecte pas, à la différence des injonctions dites *anti-suit*, la compétence juridictionnelle de l'État requis ». Cependant, cette mesure déploie des effets *in personam*, ce qui signifie qu'à l'instar de la figure de l'astreinte, elle consiste en une interdiction adressée à une personne, sans que le patrimoine de cette dernière soit frappé d'immobilisation (531). Des doutes sont permis sur l'efficacité du procédé car les conséquences concrètes de l'accueil en France de cette mesure *in personam* sont incertaines. En particulier, le statut du patrimoine du destinataire de l'injonction est extrêmement difficile à cerner, spécialement au regard des droits des tiers. Selon M. Cuniberti, « cette difficulté pourrait être résolue par une intervention de l'huissier à seule fin informative : il informerait le débiteur et les tiers de l'existence d'un droit particulier sur les biens objet de la mesure, permettant ainsi à tous d'agir en connaissance de cause » (532). Néanmoins, sauf à attendre de l'huissier une surveillance rapprochée de tous les faits et gestes du débiteur, le propos nous paraît peu réaliste (533).

Le salut ne viendra que d'une improbable convention internationale ou, plus vraisemblablement, d'un instrument européen consacrant une mesure conservatoire internationale uniforme. Nous y reviendrons dans les lignes qui suivent.

2° Territorialité et localisation de l'avoir bancaire

228. « Situation » de la monnaie scripturale. Si la doctrine et la jurisprudence prônent très majoritairement la territorialité des mesures conservatoires et des voies d'exécution, l'application de la règle pose un évident problème lorsqu'il s'agit d'un meuble incorporel. Où se localisent les créances et plus précisément le solde d'un compte en banque ? Différentes perspectives s'ouvrent à nous. Un première approche consiste à considérer la localisation de la créance dans un contexte purement domestique (a). Le droit national est en effet appelé à se préoccuper de la compétence territoriale de ses juridictions. On examinera ensuite ce qu'il en est dans le cadre international (b).

---

(531) *Contra* E. GUINCHARD, « Procès équitable (article 6 CESDH) et droit international privé », in *International civil litigation in Europe and relations with Third States*, Bruylant, 2005, pp. 199 et s., sp. p. 245, n° 83 et, du même auteur, « Réflexions autour de l'accueil de l'injonction Mareva par la Cour de cassation française », note citée, p. 42, n° 7.

(532) G. CUNIBERTI, obs. sous Cass. fr. (1re civ.), 30 juin 2004, *Droit et procédures*, 2004, n° 6, pp. 346 et s., sp. p. 349.

(533) Nous partageons à cet égard les doutes de M. Guinchard, qui estime que « les effets concrets de la Mareva exequaturée paraissent incertains » et que les suggestions faites par M. Cuniberti dans sa note afin d'assurer l'effectivité du respect de l'injonction soulèvent des difficultés très malaisément surmontables (« Réflexions autour de l'accueil de l'injonction Mareva par la Cour de cassation française », *op. cit.*, p. 47, nos 34 à 37).

DBL5151.book Page 328 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

a) *La localisation du compte dans un contexte domestique*

229. La saisie-arrêt en général. Au moment de la promulgation du Code judiciaire, son article 633 disposait simplement que « les demandes en matière de saisies conservatoires et de voies d'exécution sont exclusivement portées devant le juge du lieu de la saisie, à moins que la loi n'en dispose autrement ». La question se posa naturellement de déterminer la compétence *ratione loci* du juge de saisies en matière de saisie-arrêt. La controverse qui naquit fut vidée par la Cour de cassation en 1982 : le lieu de la saisie-arrêt est celui où le tiers saisi est régulièrement atteint par l'acte de saisie (534).

Inspirée des principes dégagés en droit international privé, sur lesquels nous nous étendrons dans les lignes qui suivent, la solution de la Cour de cassation présentait des inconvénients pratiques (535). D'une part, la compétence du juge du lieu du domicile du tiers saisi était assez désincarnée d'un contentieux opposant le plus souvent le créancier saisissant et le débiteur saisi, le tiers saisi y restant étranger. D'autre part, elle aboutissait à un certain encombrement des juridictions bruxelloises et anversoises où de nombreuses entreprises ou pouvoirs publics, prédisposés à être tiers saisis, étaient localisés.

Dès lors, en écho à une suggestion doctrinale, l'article 633 fut modifié par une loi du 4 juillet 2001, aux termes de laquelle le juge des saisies compétent pour autoriser une saisie-arrêt ou connaître d'incidents qui y sont relatifs serait désormais celui du domicile du débiteur saisi (536). Cette modification législative fit l'objet de critiques de la part de la part de la doctrine néerlandophone (537) ; elle suscita par ailleurs des questions préjudicielles à la Cour d'arbitrage (538). Il était en particulier reproché à cette

(534) Cass. (1re ch.), 26 nov. 1982, *Pas.*, 1983, I, p. 397, *R.D.C.*, 1983, pp. 348 et s., avec note J. LAENENS, « De territoriale bevoegdheid inzake beslag onder derden ».

(535) Voy. déjà, avant le prononcé de l'arrêt de la Cour de cassation, G. de LEVAL et J. van COMPERNOLLE, « Aperçu des règles communes aux saisies conservatoires et aux voies d'exécution », in *Les voies conservatoires et d'exécution — Bilan et perspectives*, Jeune Barreau de Bruxelles, 1982, pp. 9 et s., sp. p. 24 à 27, nos 20 à 22 ; comp. la position exprimée par Mme Stranart dans le même ouvrage : A.-M. STRANART, « La saisie-arrêt », *op. cit.*, pp. 121 à 125.

(536) *M.B.*, 7 août 2001, 2e éd., p. 26.925, errata *M.B.*, 8 novembre 2001, p. 38.394.

(537) E. DIRIX, « Bevoegdheid van de beslagrechter bij derdenbeslag », *R.W.*, 2001-2002, p. 141 ; A. DE WILDE, « De territoriale bevoegdheid bij derdenbeslag herbekeken », *T. Not.*, 2002, p. 347 et s.

(538) Ainsi, le tribunal de première instance de Malines a posé à la Cour d'arbitrage la question de savoir « si l'article 633 du Code judiciaire, tel qu'il a été modifié par la loi du 4 juillet 2001, en ce qu'il prévoit que la compétence du juge des saisies est liée au domicile d'un saisi dans le royaume, viole-t-il les articles 10 et 11 de la Constitution dans la mesure où un saisi établi en dehors du royaume se voit de ce fait privé de l'accès au juge des saisies » (*M.B.*, 5 mars 2002, p. 8.405) ; *adde* la question posée par le tribunal de première instance d'Anvers le 1er juillet 2002 (*M.B.*, 14 septembre 2002, 2e éd., p. 40.955) ; cette dernière question a donné lieu à un arrêt du 11 juin 2003, n° 84/2003 (*M.B.*, 24 oct. 2003), par laquelle la Cour d'arbitrage a renvoyé la cause au juge des saisies, en raison de la promulgation entre-temps intervenue de la loi du 8 avril 2003 qui a répondu aux critiques adressées contre la réforme de 2001 (voy. *infra*).

DBL5151.book Page 329 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

réforme d'avoir pour conséquence qu'il n'était plus possible d'obtenir la saisine d'un tribunal belge lorsque le débiteur était domicilié à l'étranger.

Par un arrêt du 30 janvier 2003, la Cour d'arbitrage consacra cette thèse et reconnut l'existence d'une violation des articles 10 et 11 de la Constitution (539). Cet arrêt nous paraît critiquable en ce qu'il repose sur une confusion entre règles de compétence internationale et de compétence nationale. D'autres juridictions avaient plus finement analysé la portée de la réforme de 2001, en cantonnant la modification législative à un domaine d'élection purement national (540). Quoi qu'il en soit, une loi « de réparation » du 8 avril 2003 a rendu cette discussion stérile, en modifiant et complétant l'article 633 du Code judiciaire : « En matière de saisie-arrêt, le juge compétent est celui du domicile du débiteur saisi. Si le domicile du débiteur saisi est situé à l'étranger ou est inconnu, le juge compétent est celui du lieu d'exécution de la saisie » (541). L'intervention législative corrobore donc, fût-ce de façon détournée, la localisation de la créance faisant l'objet d'une saisie-arrêt conservatoire ou d'une saisie-arrêt-exécution au domicile du tiers saisi. S'il s'agit d'un avoir bancaire, celui-ci sera situé au siège social de l'établissement de crédit. En la matière, on relève néanmoins un tempérament.

230. La saisie-arrêt entre les mains d'un établissement de crédit. Une particularité s'attache en effet aux saisies domestiques faites entre les mains des banques. En effet, eu égard à leur activité, celles-ci disposent de nombreuses agences sur le territoire belge (542). Il est admis que l'acte

(539) C.A., 30 janv. 2003, n° 19/2003, disponible sur le site de la Cour d'arbitrage, et publié in *J.T.*, 2003, p. 191, *J.L.M.B.*, 2003, p. 566, avec obs. de G. de LEVAL, *Act. dr.*, 2003, pp. 349 et s., avec obs. de P. WAUTELET, « La Cour d'arbitrage et la compétence en matière de saisies ».

(540) Voy. Civ. Liège (sais.), 7 sept. 2001, *J.L.M.B.*, 2001, p. 1495, Civ. Anvers (sais.), 4 oct. 2001, *R.W.*, 2001-2002, p. 573 avec note et Trib. arr. Liège, 21 nov. 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 575.

(541) Loi du 8 avril 2003 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la compétence territoriale du juge en matière de saisies conservatoires et de moyens d'exécution, *M.B.*, 12 mai 2003, 1re éd. ; pour une illustration, voy. Trib. arr. Liège, 21 nov. 2002, *J.L.M.B.* 2003, p. 575 : « En cas de demande de condamnation du tiers saisi comme débiteur pur et simple des causes d'une saisie-arrêt simplifiée en matière fiscale, lorsque le débiteur saisi, étant radié d'office, n'a plus de domicile connu en Belgique, c'est le lieu où l'exploit a été signifié au tiers saisi ou le lieu où la notification prévue à l'art. 1445 C. jud. a été reçue par le tiers saisi qui détermine la compétence territoriale du juge des saisies, puisque le critère du domicile ne permet pas de régler le problème de compétence territoriale (comme lorsque le débiteur a son domicile, ou son siège s'il s'agit d'une société, à l'étranger) ».

(542) « An important extension of the seizure takes place when several accounts of the debtor can be targeted at once. This is the case when the garnishment order served on the head office of a bank attaches all accounts in the local branches of the bank (within the Member State). With the exception of Greece, all Member States permit this form of (extended) garnishment. However, this legal effect presupposes that the local branches lack a distinct legal personality. As a consequence, the accounts held by the branch are attributed to the head office. According to this approach, garnishment orders do not affect accounts held by separate branches. Therefore, a « piercing of the corporate veil » (in the sense of the separation between branches of the same bank) is not permitted » (B. HESS, « Study No. JAI/A3/2002/02 on making more efficient the enforcement of judicial decisions within the European Union : Transparency of a Debtor's Assets — Attachment of Bank Accounts — Provisional Enforcement and Protective Measures », *op. cit.*, pp. 66 et 67).

DBL5151.book Page 330 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

de saisie ne doit pas nécessairement être remis au siège social de la banque apéritrice du compte (543). L'acte peut être signifié ou notifié à une agence particulière, même si celle-ci, pour des raisons organisationnelles particulières à l'établissement de crédit, dispose d'une personnalité juridique propre. On sait en effet que certains établissements de crédit exercent leurs activités par l'intermédiaire de personnes physiques et morales indépendantes. Il n'y a rien de bien étonnant à cela si l'on considère les droits du client d'un établissement de crédit. Ce client peut s'adresser à toutes les agences du royaume pour y effectuer des opérations diverses ; aucune raison ne s'oppose à ce que le saisissant puisse se prévaloir de cet état de fait pour opérer une mainmise sur l'avoir bancaire de son débiteur.

Si ce trait particulier a pu sembler exiger d'assez lourdes obligations dans le chef des établissements de crédit, tel n'est plus du tout le cas actuellement, au regard de l'informatisation et des moyens de communication actuels (544). L'établissement de crédit est relié en temps réel avec chacune de ses agences, en sorte que la remise d'un acte de saisie peut (et doit) être suivie d'une répercussion immédiate dans le système informatique central, afin d'empêcher toute atteinte à l'intégrité de l'avoir révélé par le compte.

b) *La localisation du compte en droit international privé*

231. Méthode. Comment l'appréhension d'un avoir bancaire est-elle régie par le droit international privé ? Il nous paraît utile d'expérimenter plusieurs approches afin de vérifier si elles conduisent à la même solution. Tout d'abord, de quelle façon le droit international privé localise-t-il la valeur économique qu'est la créance ? Ensuite, étant donné que le propre du droit international privé est de déterminer le siège d'une relation juridique pour lui appliquer la loi de ce siège (545), il est certainement pertinent de s'intéresser à la loi qui régit ladite créance saisie-arrêtée. Par ailleurs, une partie de la doctrine propose des solutions

(543) « La saisie-arrêt pratiquée au siège social d'une banque doit être répercutée dans toutes ses agences […] Lorsqu'une saisie-arrêt est signifiée ou notifiée à une agence déterminée d'une banque, une telle saisie a également pour effet de bloquer les comptes ouverts auprès d'autres agences et du siège de la banque, sauf si l'acte de saisie-arrêt limite l'assiette de la saisie aux avoirs sis dans une agence particulière ou à un compte particulier » (*R.P.D.B.*, Compl. VIII, v° Saisie-arrêt bancaire, *op. cit.*, p. 811, n^{os} 18 et 19).

(544) 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. 714, n° 22-19.

(545) « La vie internationale est, pour le système du for, composée de l'ensemble des relations privées qui, en contact avec sa sphère juridique, ont également des attaches avec un ou plusieurs autres ordres. Par ce procédé de la règle indirecte tel qu'il s'est affiné au cours des siècles, on isole une ces attaches, considérée comme particulièrement significative, pour en déduire l'application du droit interne du système dans lequel elle se localise » (P. GRAULICH, *Introduction à l'étude du droit international privé*, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège, 1978, p. 17).

DBL5151.book Page 331 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

alternatives de localisation de cette dernière. Enfin, étant donné que la saisie-arrêt vise à interdire à un débiteur de payer son propre créancier pour qu'il effectue éventuellement, à un stade ultérieur, cette prestation en faveur d'autrui, on peut également s'attacher à déterminer le lieu du paiement en droit international privé (546). Nous confronterons ces approches au problème crucial de la monnaie scripturale issue de dépôts reçus par des succursales étrangères d'établissements de crédit.

232. Localisation de la créance. Ainsi que nous l'avons rappelé au début de notre recherche, la créance est un bien (547). À ce titre, il ne paraît pas *a priori* inconsidéré de prétendre que son statut pourrait participer de la règle traditionnelle de conflit conférant compétence à la *lex rei sitae*. Critiqué pour les difficultés qu'il suscite dans son application aux meubles en général (548), ce rattachement conserve néanmoins la faveur des systèmes juridiques. Le législateur belge a suivi cette voie dans le récent Code de droit international privé (549).

L'on sait cependant que malgré sa nature de bien, la créance n'est habituellement pas considérée comme telle en droit international privé (550). Tel est pourtant le cas en Belgique, où le traitement des meu-

(546) Comp. Ph. THÉRY, *Voies d'exécution*, *op. cit.*, p. 7, n° 42 : « La saisie de créances affecte directement [la situation du tiers saisi], à défaut d'affecter son patrimoine. Le tiers saisi est bien au centre de la procédure, tant pour des raisons d'efficacité (les effets de la mesure supposent qu'il en soit averti) que pour sa propre protection (il doit savoir s'il peut payer, et qui payer). En outre la procédure de saisie de créances doit normalement conduire à un paiement du créancier par le tiers saisi. Cette circonstance suffit à écarter la proposition par Niboyet […] de s'attacher au lieu du paiement convenu entre créancier et débiteur saisi. Le lieu convenu pour le paiement perd toute signification si ce paiement doit être fait par un tiers ».

(547) Voy. *supra*, n° 3.

(548) Les critiques portent généralement sur la difficulté de localisation, le risque de fraude à la loi et l'absence de publicité ; M. Bonnet relève en conséquence la proposition doctrinale de soumettre les sûretés réelles mobilières à la loi d'autonomie, « qui offre beaucoup de nombreux avantages : elle supprime les risques de conflit mobile, les problèmes de répartition entre la loi du contrat et la loi réelle ainsi que la règle du cumul, et elle restitue aux sûretés étrangères leur pleine efficacité répondant ainsi aux exigences du commerce international » (V. BONNET, « Biens — Conflits de lois — Applications en matière civile », *Juris-Classeur*, fasc. 550, 1999, n° 21 à 29).

(549) Voy. sur ce point W. DERIJCKE, « Biens et trust », in *Le nouveau droit international privé belge*, *J.T.*, 2005, pp. 193 et 194, n^{os} 168 à 177 et P. WAUTELET, « Actualités du droit des biens en droit international privé », in *Zakenrecht/Droit des biens*, Die Keure — La Charte, 2005, pp. 387 et s., sp. pp. 392 et 393, n° 5 ; du même auteur, voy. « Le nouveau droit international privé belge », *Dr. banc. fin.*, 2005, pp. 111 et s., sp. p. 115 et s., n^{os} 8 et s.

(550) « La catégorie des biens est […] extrêmement diverse, puisqu'elle regroupe des biens corporels comme des biens incorporels, tels que […] les créances et les droits réels. Pourtant, en droit international privé, des développements distincts sont traditionnellement consacrés aux biens corporels d'une part et aux biens incorporels d'autre part. En effet, les biens corporels sont soumis au statut réel, tandis que les biens incorporels sont soumis à un autre statut (statut des actes, par exemple, pour les droits de créance) ou font l'objet de règles substantielles propres au contexte international » (V. BONNET, « Biens — Conflits de lois — Applications en matière civile », *Juris-Classeur*, fasc. 550, 1999, n° 1) ; *adde* G. CUNIBERTI, *Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger*, *op. cit.*, p. 375, n° 498, qui relève que « le droit international privé français a une tendance certaine à ne pas inclure (les meubles incorporels) dans le statut réel ».

DBL5151.book Page 332 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

bles incorporels est intégré dans le chapitre VIII, relatif aux biens, du Code. Initialement, ce dernier restait muet à cet égard, ce qui fut regretté en commission du Sénat (551). Ce sentiment était d'ailleurs exacerbé par le fait qu'une précédente intervention législative en matière d'opposabilité aux tiers de la cession de créance dans un contexte international était jugée insatisfaisante (552). Aussi le gouvernement déposa-t-il deux amendements au projet initial de Code.

Appliqué par l'article 85 de cet instrument aux créances non incorporées dans un titre, le critère de la *lex rei sitae* donne compétence aux juridictions belges pour connaître de toute demande concernant des droits réels sur une créance si le débiteur de la créance cédée ou grevée est domicilié ou a sa résidence en Belgique lors de l'introduction de la demande (553). Comme l'écrit M. Wautelet, « la solution retenue par le Code, qui consiste à réputer la créance localisée au domicile du débiteur, correspond à l'usage en matière internationale » (554). Cette conception, nettement majoritaire en doctrine (555), est d'ailleurs consacrée par

(551) Voy. l'inventaire des problèmes rédigé par les professeurs J. Erauw et M. Fallon après la première lecture du texte en commission du Sénat, in Rapport fait au nom de la commission de la Justice par Mme NYSSENS et M. WILLEMS, *op. cit.*, p. 246 : « Articles 85 et 87 — Compétence internationale et droit applicable en matière de droits réels. Des questions sont posées à propos de la localisation de biens incorporels. Il est relevé que la proposition en examen contient des règles spécifiques uniquement en ce qui concerne les biens corporels. Toutefois, les biens incorporés dans un titre ou inscrits sur un registre public font l'objet de dispositions appropriées. Il est suggéré de chercher à compléter ces règles spécifiques pour inclure le traitement de droits sur des créances, ainsi que la question du rang des privilèges ».

(552) Il s'agissait de l'article 145 de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers ; « La question du droit applicable à l'opposabilité aux tiers de la cession de créances a été soulevée, en raison de son importance pratique. Une insertion de l'article 145 de la loi du 2 août 2002 qui ne traite de ce sujet que partiellement et pour un secteur spécifique seulement, ou d'une disposition analogue à celle de la convention des Nations unies de 2001, a été suggérée » (Rapport fait au nom de la commission de la Justice par Mme NYSSENS et M. WILLEMS, *op. cit.*, p. 247).

(553) « Les créances sont des biens d'une nature toute particulière. Elles sont, en règle incorporelles et cette immatérialité pose problème dans un système dominé par la lex rei sitae. Pour de tels biens, la référence à cette loi, prise au pied de la lettre, est impraticable, une chose incorporelle n'étant pas physiquement localisable dans l'espace. En matière de créances non incorporées dans un titre, l'article 85 du Code donne dès lors compétence aux juridictions belges "si le débiteur de la créance cédée ou grevée est domicilié ou a sa résidence en Belgique lors de l'introduction de la demande" » (W. DERIJCKE, « Biens et trust », in *Le nouveau droit international privé belge*, *J.T.*, 2005, pp. 193 et s., sp. p. 193, n° 173).

(554) P. WAUTELET, « Actualités du droit des biens en droit international privé », *op. cit.*, p. 394, n° 8.

(555) Chr. HUGON et B. MENUT, « Les enjeux européens du recouvrement de créances », *Droit et procédures*, 2005, pp. 69 et s., sp. p. 73, n° 24 ; E. GUINCHARD, « Les procédures civiles d'exécution en droit international privé », *op. cit.*, n° 1711.12 ; A. HUET, « Procédure civile et commerciale dans les rapports internationaux — Domaine de la *lex fori* : jugement et voies d'exécution », *Juris-Classeur, Droit international*, 2001, n° 47 : « Si la saisie porte sur une créance de somme d'argent du débiteur contre un tiers [...] on considère que le bien à saisir est localisé au domicile du tiers saisi et c'est la loi de ce domicile qui est donc applicable » ; l'examen du droit comparé enseigne qu'il est très majoritairement décidé qu'il s'agit du lieu de situation du tiers saisi (B. HESS, « Study No. JAI/A3/2002/02 on making more efficient the enforcement of judicial decisions within the European Union : Transparency of a Debtor's Assets — Attachment of Bank Accounts — Provisional Enforcement and Protective Measures », *op. cit.*, p. 77) ; *adde* encore Ph. THÉRY, *Voies d'exécution*, *Rép. internat. Dalloz*, *op. cit.*, p. 6, n° 41.

DBL5151.book Page 333 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

l'article 2 (f) du règlement n° 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité (556).

Le particularisme de la situation visée par l'article 85 ne préjudicie donc pas à la généralité de la solution ainsi appliquée. Transposée dans le droit de l'exécution, elle apporte une incontestable sécurité juridique dans de nombreux domaines. Il suffit de citer l'exemple de la saisie conservatoire ou de la voie d'exécution qui frapperait le salaire d'un Belge travaillant pour une firme grand-ducale. La procédure de saisie-arrêt sera celle prévue par la loi du Grand-Duché de Luxembourg, puisque l'objet de la saisie y est localisé (557). Cela étant, comme nous l'avons vu, l'exercice de l'activité bancaire recourt à l'intermédiaire de succursales, ce qui provoque une pluralité de localisations. Nous proposerons ultérieurement une solution à cette particularité (558).

233. Loi de la créance. Le second amendement au Code de droit international privé, relatif aux meubles incorporels, nous offre l'occasion d'envisager une deuxième approche, au départ de la question de la loi applicable à la créance. La détermination de cette loi n'est pas sans incidence sur notre propos puisqu'elle est, comme nous l'avons constaté dans l'exposé de la méthode usitée dans les présents développements, celle du système juridique où le rapport juridique est localisé. De plus, l'intention du législateur était, à tout le moins partiellement, le traitement de de l'opposabilité de la cession de créance en droit international privé (559), ce qui catalyse l'intérêt de son examen. En effet, nous avons mis précédemment en exergue l'analogie existant entre ces deux figures triangulaires que sont la saisie-arrêt, d'une part, et la cession de créance, d'autre part (560).

Il est traditionnellement enseigné que trois lois sont susceptibles de s'appliquer en cas de cession de créance : « La loi d'autonomie dans les rapports cédant-cessionnaire, la loi de la créance originaire dans les rapports entre cessionnaire et débiteur cédé et la loi du domicile du débiteur cédé régit les conditions d'opposabilité du contrat de cession aux tiers » (561). L'article 12 de la Convention de Rome reprend deux de ces

(556) P. WAUTELET, « La Cour d'arbitrage et la compétence en matière de saisies », note sous C.A., 30 janv. 2003, *Act. dr.*, 2003, pp. 349 et s., sp. p. 360, n° 4, note n° 30.

(557) Par contre, si le tiers est en Belgique, la procédure de saisie-arrêt belge s'impose (J. ERAUW, « De problemen van grensoverschrijding voor executiemaatregelen in Europa », *op. cit.*, p. 491).

(558) Voy. *infra*, n^os^ 235 à 241.

(559) P. WAUTELET, « Le nouveau droit international privé belge », *op. cit.*, p. 124, n° 29.

(560) Voy. *supra*, n° 54.

(561) A. SINAY-CYTERMANN, « Obligations », *Juris-Classeur, Droit international*, fasc. n° 554, 1998, n° 2 ; *adde* Ph. THÉRY, *Voies d'exécution*, *op. cit.*, pp. 7 et 8, n° 52 : « qu'il s'agisse d'une cession rentrant dans le champ d'application de la Convention de Rome [...] ou d'une cession soumise au droit commun, la solution est identique : l'opposabilité aux tiers est régie par la loi du domicile du débiteur cédé, c'est-à-dire, en cas de saisie, du domicile du tiers saisi ».

DBL5151.book Page 334 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

trois déterminations. En vertu de cette disposition, les obligations entre le cédant et le cessionnaire d'une créance sont régies par la loi qui, en vertu de cette Convention, s'applique au contrat qui les lie. La loi qui régit la créance cédée détermine le caractère cessible de celle-ci, les rapports entre cessionnaire et débiteur, les conditions d'opposabilité de la cession au débiteur et le caractère libératoire de la prestation faite par le débiteur.

Dans le cadre d'une analogie avec la saisie-arrêt, la loi de localisation du rapport juridique fondamental est celle de la créance originaire en ce qu'elle régit les rapports entre cessionnaire, respectivement saisissant, d'une part, et débiteur cédé, respectivement tiers saisi, d'autre part. Quelle est-elle ? Selon l'enseignement majoritaire, il s'agit de la loi sous l'empire de laquelle cette créance a pris naissance et non forcément la loi du domicile du débiteur (562). S'agissant d'une créance constituée d'un solde bancaire, l'application de cet enseignement aboutira la plupart du temps à un résultat identique à celui de la *lex rei sitae*. Quel que soit en effet l'élément d'extranéité justifiant l'appel à une règle de conflit de lois, l'ouverture d'un compte bancaire sera *de facto* soumise à la loi voulue par l'établissement de crédit, soit dans la très grande majorité des cas celle de son siège social.

La spécificité de la situation visée par l'article 87, § 3, du Code de droit international privé ne permet pas d'en déduire une solution contraire. Le second amendement du gouvernement au chapitre VIII du Code, en complétant l'article 87 du Code, s'est donné pour ambition de régler la question de la loi applicable aux effets de la cession de créance sur les droits réels constitués sur celle-ci (563). En vertu de l'article 87,

(562) Une doctrine minoritaire prône en effet l'application de la loi du domicile du débiteur cédé, en raison de la localisation à cet endroit de la dette (A. SINAY-CYTERMANN, « Obligations », *Juris-Classeur, Droit international*, fasc. n° 554, 1998, n° 6).

(563) Rapport fait au nom de la commission de la Justice par Mme NYSSENS et M. WILLEMS, *op. cit.*, p. 396 ; l'insertion d'un troisième paragraphe dans l'article 87 fut ainsi justifiée par le Gouvernement : « Le § 3 nouveau tend à couvrir la détermination du droit applicable à des droits réels sur des biens incorporels. En même temps, il vise à déterminer la loi applicable à l'opposabilité aux tiers de la cession de créance, question réglée actuellement par l'article 145 de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers. La disposition vise à soumettre à une loi unique l'ensemble des aspects de droit réel liés à la cession d'une créance ou à l'utilisation d'une créance comme sûreté. À cet égard, l'article 145 précité comporte une double limite qu'il convient de corriger, puisqu'il évoque seulement l'opposabilité aux tiers et ne couvre que les opérations intéressant des établissements financiers. Cet amendement emporte l'abrogation de l'article 145 précité (voir l'amendement n° 88 à l'article 135). Le texte comprend sous le mot « cession » toute cession aux fins de sûreté, sans exclure la possibilité de transférer la propriété à titre de garantie, y compris la cession fiduciaire que connaissent certains droits étrangers. Il couvre notamment la constitution d'un usufruit et ses effets à l'égard de tiers, le moment du transfert du droit réel, l'opposabilité aux tiers, la présence d'un droit dans le patrimoine visé par une saisie. L'amendement tend à soumettre au même principe de solution les questions liées à une subrogation conventionnelle, comme le transfert dans le patrimoine du subrogé. Le texte couvre aussi la mise en gage du fonds de commerce, tout en utilisant une expression plus large pouvant couvrir d'autres cas éventuellement prévus par un droit étranger. En revanche, il n'est pas nécessaire de couvrir ici la localisation de titres représentatifs d'une part de

DBL5151.book Page 335 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

§ 3, du Code de droit international privé, « la constitution de droits réels sur une créance ainsi que les effets de la cession d'une créance sur de tels droits sont régis par le droit de l'État sur le territoire duquel la partie qui a constitué ces droits ou a cédé la créance avait sa résidence habituelle au moment de la constitution ou de la cession » (564).

À la suite de M. Wautelet, nous estimons que le texte, nonobstant sa rédaction réductrice, vise de façon générale les effets de la cession de créance (565). Selon cet auteur en effet, « en attendant un éventuel affinement de la réflexion sur le statut du cessionaire, l'on admettra que l'article 87, § 3, s'applique à la cession de créance. L'intention du législateur est en effet patente : l'article 87, § 3, a été introduit pour remplacer le funeste article 145 de la loi du 2 août 2002. Or cette disposition visait précisément la cession de créance. L'on ne saurait, dès lors, nier que l'article 87, § 3, même s'il est rédigé en des termes strictement réels, s'applique également aux opérations de cession de créance » (566).

Cela ne change cependant rien au droit applicable au rapport entre le cessionnaire et le débiteur cédé. M. Wautelet rappelle que les dispositions particulières, telles celles de la Convention de Rome, priment sur les règles de rattachement du Code. En conséquence, écrit-il, « l'article 87, § 3, ne pourra dès lors être évoqué pour déterminer le droit applicable à l'opération de cession de créance en tant que telle, ni aux conditions d'opposabilité de la cession au débiteur cédé » (567). En

société ou d'emprunts obligataires, puisque ceux-ci sont couverts par l'article 91, ni la localisation de droits de propriété intellectuelle, couverts par l'article 93, qui l'emportent sur l'article 87 comme lex specialis. Il n'est pas nécessaire non plus de réserver explicitement le cas de la faillite : c'est naturellement au droit qui régit la faillite de déterminer si la procédure affecte les droits réels. Ce droit est déterminé par l'article 119 qui, pratiquement, renvoie au règlement 1346/2000, dont l'article 5 dit ne pas affecter les droits réels sur des biens se trouvant en dehors de l'État d'ouverture de la procédure » (*Doc. parl.*, Sén., n° 3-27/6, pp. 3 et 4).

(564) L'article 87, § 3, poursuit par la prévision de la subrogation conventionnelle : les effets de cette dernière « sur des droits réels sont régis par le droit de l'État sur le territoire duquel le subrogeant avait sa résidence habituelle au moment du transfert ».

(565) La discussion en commission de la Justice du Sénat suscita la question s'il convenait de déduire de l'adoption de cet amendement la reconnaissance en droit belge de l'efficacité de la cession de créance à fins de garantie (voy. spéc. le dialogue intervenu ente MM. Zenner et Vandenberghe, in Rapport fait au nom de la commission de la Justice par Mme NYSSENS et M. WILLEMS, *op. cit.*, pp. 347 à 350) ; selon nous, l'adoption d'une norme de conflit de lois n'emporte aucunement, explicitement ou implicitement, la reconnaissance de l'efficacité en droit interne d'une institution visée par cette norme de conflit ; la controverse, déjà évoquée dans nos lignes, reste donc ouverte ; M. Wautelet écrit d'ailleurs, à propos de l'abrogation de l'article 145 de la loi du 2 août 2002 : « Avec le rattachement au droit du domicile du créancier, le législateur abandonne l'option autonomiste, sans doute inspirée par les préoccupations particulières de certains opérateurs financiers soucieux d'échapper aux limitations imposées par la jurisprudence belge aux opérations fiduciaires » (P. WAUTELET, « Actualités du droit des biens en droit international privé », *op. cit.*, p. 405, n° 22).

(566) P. WAUTELET, « Actualités du droit des biens en droit international privé », *op. cit.*, p. 409, n° 25 ; comp. et *contra*, W. DERIJCKE, « Biens et trust », in *Le nouveau droit international privé belge*, *J.T.*, 2005, p. 193, n° 174.

(567) P. WAUTELET, « Actualités du droit des biens en droit international privé », *op. cit.*, p. 409, n° 26.

DBL5151.book Page 336 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

d'autres termes, « à l'égard de la cession de créance, la portée de l'article 87, § 3, est plus réduite : l'existence d'une règle européenne limite l'intervention du législateur belge à la seule question de l'opposabilité de la cession à d'autres tiers que le débiteur cédé » (568). La loi qui régit la créance cédée conserve son empire. L'intervention du législateur belge en 2004 fut essentiellement une réplique à l'article 145 de la loi du 2 août 2002, lequel n'avait en vue que l'opposabilité de l'opération aux tiers autres que le débiteur cédé. Le statut de la créance cédée restera inchangé, ne participant pas à ce que la doctrine néerlandophone, dont l'influence est nette dans la rédaction de l'article 87 du Code, qualifie de « conséquences de droit réel » (« zakenrechtelijke gevolgen ») de la cession de créance (569).

234. Conceptions alternatives. Selon M. Erauw, la localisation, fictive, du compte bancaire résulte de l'ouverture du compte sur tel territoire national (570). L'ouverture du compte est donc à ses yeux primordiale. Cette solution recoupera souvent, mais pas toujours, celle, majoritaire, localisant le compte au siège social de l'établissement de crédit. Il suffit de citer le cas d'un compte ouvert au Grand-Duché de Luxembourg par une succursale d'une banque belge, ayant son siège social à Bruxelles.

Dans sa thèse consacrée à la saisie-arrêt en droit international privé, M. Ameli prône également la compétence internationale du juge du « lieu de situation des biens saisissables » (571). Mais dans la détermination de celui-ci, l'auteur reste évasif un moment (572), puis estime que par bien saisissable, il convient d'entendre le patrimoine du tiers saisi, ce qui ne peut être admis. Cette assertion procède d'une confusion ; ce n'est en effet pas le patrimoine du tiers saisi qu'il s'agit d'appréhender par voie de saisie-arrêt, mais la créance existant entre le débiteur saisi et le tiers saisi (573).

(568) P. WAUTELET, « Le nouveau droit international privé belge », *op. cit.*, p. 125, n° 31 ; du même auteur, voy. ég. « Overdracht en inpandgeving van schuldvorderingen in het IPR-Wetboek », *R.D.C.*, 2005, pp. 637 et s., sp. pp. 639 et 640, n^{os} 7 à 9.

(569) Sur cette distinction, voy. *supra*, n° 166, nos développements en note.

(570) J. ERAUW, « De problemen van grensoverschrijding voor executiemaatregelen in Europa », *op. cit.*, p. 488.

(571) F. AMELI, *La saisie-arrêt en droit international privé*, *op. cit.*, p. 198, n° 150, note n° 239 et renvoi à n^{os} 172 et s.

(572) F. AMELI, *La saisie-arrêt en droit international privé*, *op. cit.*, p. 198, n° 151 ; de même, conclut-il ainsi ses développements : « L'application qui est faite du critère de for de situation des biens saisissables en matière de saisie-arrêt est contingente ce qui nous empêche de tirer une conclusion systématique et d'ordre général concernant ce chef de compétence » (*op. cit.*, p. 249, n° 188).

(573) Ainsi, M. Ameli nous paraît conférer des conséquences erronées à une constatation correcte : « La créance peut aussi être regardée comme un élément du patrimoine du créancier ou du débiteur et cela contribue alors à le rapprocher de la notion de bien qui a beaucoup plus une connotation réelle occupant ainsi une occupation dans l'espace. Sous ce rapport, la créance saisie-arrêtée peut être recouvrée à l'endroit où le tiers saisi possède des biens saisissables et cet endroit peut alors correspondre ou non à son lieu de résidence » (F. AMELI, *La saisie-arrêt en droit international privé*, *op. cit.*, p. 226, n° 169).

DBL5151.book Page 337 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

235. Le lieu de mise à disposition de la monnaie scripturale. Pour d'autres auteurs, il convient de prendre en considération le ou les lieux où peut intervenir le paiement au débiteur saisi. Selon eux, la saisie ne peut être efficace que si elle intervient là où le paiement au débiteur saisi doit ou peut intervenir (574). Selon M. de Leval, « le lieu de la saisie est celui non pas du domicile du débiteur ni celui du lieu où les fonds sont détenus car n'existant que sous la forme d'une inscription en compte, ils ne sont matériellement détenus nulle part. Bref, il faut retenir que la saisie se concrétise au lieu du paiement de la créance saisie (lieu où celui-ci peut ou doit avoir lieu) peu importe que des fonds soient matériellement situés à l'étranger ou que le compte ait été ouvert dans une succursale étrangère » (575). Exprimé dans les termes par lesquels nous avons défini la monnaie scripturale, nous dirons qu'il s'agit du pays où le titulaire du compte jouit du pouvoir inconditionnel de disposer des unités monétaires que contient ce compte.

L'analyse a emporté la conviction de Mme Grégoire qui écrit à son propos : « Déterminer le lieu de la saisie-arrêt revient donc à s'interroger sur l'endroit où le créancier peut exiger le paiement par le tiers saisi de la créance à saisir. Bien qu'une telle recherche puisse paraître délicate, fastidieuse ou aléatoire, elle se révèle à l'analyse au contraire réaliste et efficace » (576). Reste à vérifier ce qu'il en est pratiquement. Deux difficultés apparaissent à cet égard. La première concerne l'information du créancier saisissant, la seconde ce qu'il convient d'entendre par lieu du paiement.

En ce qui concerne la visibilité du lieu du paiement, nous ne partageons pas l'optimisme de Mme Grégoire, qui estime qu'il « ne semble pas plus improbable de découvrir le lieu où le débiteur futur saisi peut exiger l'exécution d'une prestation que celui où il possède d'éventuels biens mobiliers corporels » (577). Postérieurement à la mesure de poursuite, afin de jauger les effets concrets de la mesure, il s'impose en tout cas que l'établissement de crédit produise la teneur des relations la liant avec le débiteur saisi, afin de savoir si ce dernier pouvait ou non disposer de monnaie scripturale à l'endroit où la saisie a été efffectuée. L'obligation de déclaration sincère impose qu'il en soit ainsi (578).

Quant à la localisation concrète du lieu du paiement, on constate que l'évolution des technologies de l'information permettent actuelle-

(574) *R.P.D.B.*, Compl. VIII, v° Saisie-arrêt bancaire, *op. cit.*, p. 812, n° 22.

(575) G. de LEVAL, « Aperçu du droit de l'exécution dans les états membres de l'Union européenne », *L'huissier de justice*, 1998, n° 98/2.701, pp. 1 et s., sp. p. 26, note n° 51.

(576) M. GRÉGOIRE, « La succursale bancaire confrontée à la saisie-arrêt », in *Les succursales bancaires*, Bruylant, 1996, pp. 247 et s., sp. p. 251, n° 2.3.

(577) M. GRÉGOIRE, « La succursale bancaire confrontée à la saisie-arrêt », *ibid.*

(578) Sur la teneur de l'obligation de déclaration de l'établissement de crédit en général, voy. *infra*, n^{os} 361 et s.

DBL5151.book Page 338 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

ment que le compte soit mouvementé à partir d'un ordinateur ou d'un téléphone portable. En outre, les réseaux interbancaires permettent le retrait de billets dans des pays étrangers de plus en plus nombreux. À nos yeux, ces potentialités ne suffisent cependant pas à rendre ubiquitaire le lieu où la monnaie scripturale peut être exigée. Seul le mode de disposition s'est internationalisé. Le fait que le compte puisse être mouvementé de n'importe quel endroit du monde n'empêche pas l'existence d'un centre névralgique réceptionnant ces instructions et y donnant suite.

La position prônant la possibilité d'une saisie à l'endroit où le débiteur saisi peut disposer de la monnaie scripturale auprès de l'établissement de crédit présente un avantage substantiel. Il est en effet essentiel de garder à l'esprit que le tiers saisi étant contraint, en cas de saisie-exécution, de payer entre les mains d'un tiers la dette qu'il doit à son propre créancier, il lui importe au plus haut point que l'extinction de cette dette soit reconnue partout dans le monde (579). À défaut, le débiteur saisi pourrait obtenir d'une juridiction étrangère à celle du lieu de la saisie un second paiement de l'établissement de crédit, cette fois à son profit. La protection du tiers saisi, en l'occurrence l'établissement de crédit, ne peut être négligée (580). Précisement, note Mme Grégoire, l'existence de plusieurs lieux potentiels de paiement emporte cette conséquence que l'établissement de crédit peut se prévaloir du versement au profit du saisissant dans un autre pays que celui où a été opérée la saisie-arrêt (581). Appliquons le critère proposé au problème des succursales étrangères.

236. Les succursales étrangères. Comme nous l'avons déjà souligné, les établissements de crédit ont recours à des succursales et à des filiales notablement plus souvent que d'autres sociétés commerciales. Contrairement à la filiale, la succursale n'a pas de personnalité morale. La question de la filiale n'est guère controversée en doctrine. Jouissant d'une personnnalité juridique propre, seule une saisie-arrêt opérée entre ses mains peut sortir quelque effet (582). Des principes juridiques solides

(579) La tâche de déterminer quelle loi décide si le paiement est ou non intervenu revient à la loi de l'obligation, mais on réserve parfois l'application de la loi du lieu où le paiement doit être effectué (A. SINAY-CYTERMANN, éObligations », *op. cit.*, n° 47 et 60 et s.).

(580) B. HESS, « Study No. JAI/A3/2002/02 on making more efficient the enforcement of judicial decisions within the European Union : Transparency of a Debtor's Assets — Attachment of Bank Accounts — Provisional Enforcement and Protective Measures », *op. cit.*, p. 61 ; la question est centrale dans la thèse de M. Améli (F. AMELI, *La saisie-arrêt en droit international privé*, *op. cit.*, p. 7, n° 3 : « Les problèmes les plus graves qui peuvent se poser en relation avec la territorialité de la saisie-arrêt ont trait à l'absence de prise en considération dans chaque pays, de la voie intervenue dans un autre pays tout au moins dans ses effets » *adde ibid.*, n^{os} 423 et s.).

(581) M. GRÉGOIRE, « La succursale bancaire confrontée à la saisie-arrêt », *op. cit.*, pp. 254 et 256.

(582) *R.P.D.B.*, v° Saisie-arrêt bancaire, *op. cit.*, p. 816, n° 29 ; Ph. THÉRY, *Voies d'exécution*, *op. cit.*, p. 7, n° 46.

DBL5151.book Page 339 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

imposent cette solution, qui n'est cependant pas satisfaisante sur le plan de l'opportunité, spécialement lorsqu'on a égard aux performances des réseaux de télécommunications actuels. L'efficacité de ceux-ci ont incité M. Cuniberti à imposer une obligation de collaboration aux différentes entités, fussent-elles revêtues de personnalités juridiques distinctes (583). Las, cette invitation à percer le voile des personnalités juridiques distinctes ne paraît pas avoir reçu d'écho en pratique et seule une amélioration de la transparence patrimoniale permettra de savoir où porter le fer.

Qu'en est-il, par contre, de la question des succursales ? La question se pose de savoir si l'objet de la saisie-arrêt opérée entre les mains de l'établissement de crédit s'étend également aux comptes ouverts par les succursales étrangères. Ce débat est fondamental (584).

En toute logique, si l'on applique purement et simplement le critère traditionnel de la localisation de la créance au siège social du tiers saisi, une saisie-arrêt faite à cet endroit englobe purement et simplement les avoirs déposés sur des comptes ouverts auprès de succursales étrangères. Des critères « plus spécifiques » sont cependant prônés par la rare doctrine belge à s'être prononcée sur le sujet ; ainsi, c'est à l'occasion de l'examen du problème des avoirs nichés dans des succursales étrangères

(583) G. CUNIBERTI, *Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger*, *op. cit.*, pp. 112 et 113, n^{os} 148 et 149 ; dans son examen de droit comparé du traitement des mesures conservatoires transnationales, M. Cuniberti ne pouvait éviter l'étude de l'injonction dite Mareva, rebaptisée depuis 1999 *freezing injunction* ; cette mesure est connue pour n'avoir qu'un effet personnel, l'ordre adressé au destinataire n'ayant pas pour conséquence de figer tel ou tel bien dans le patrimoine de ce dernier ; M. Cuniberti envisagea l'impact d'une telle mesure adressée à une banque et à ses filiales à l'étranger ; selon l'auteur, « aucun problème ne se pose […] si le tiers est dans le ressort juridictionnel […] Les banquiers londoniens doivent donc toujours respecter les injonctions anglaises, et il importe peu que leur destinataire direct soit hors du ressort juridictionnel de la High Court. En revanche, la situation est toute différente si le tiers est à l'étranger, où il détient des fonds pour le débiteur. Le juge anglais se refuse alors à lui imposer directement le respect de ses injonctions. Il y met une condition, la reconnaissance de celles-ci par l'ordre juridique étranger » ; M. Cuniberti regrette cette situation et estime que deux arguments, « qui sont plus ou moins accueillis en droit positif » selon ses propres termes, permettent une injonction efficiente faite aux tiers ; la première consiste à interpréter de façon restrictive la notion de personne morale autonome dans le contexte des maisons-mères et filiales ; de la sorte, l'injonction s'adresse de facto à des organismes bancaires actifs à l'étranger ; la seconde consiste, tout en reconnaissant l'altérité des personnes morales, à prôner qu'en raison du lien de fait existant entre elles, il est possible pour la banque sise dans le ressort territorial du juge anglais d'inciter la banque étrangère à collaborer à l'injonction ; selon M. Cuniberti, « cette capacité à apporter son aide peut assez facilement se transformer en une obligation […].On a cependant pu objecter que cette mise à contribution des banques pourrait se heurter à un obstacle technique incontournable, l'impossibilité pour une banque donnée de connaître la situation d'un compte détenu par une filiale à l'étranger. Alors que sa salle des marchés fonctionne en continu, 24 heures sur 24, passant de Tokyo à New York, de New York à Londres et de Londres à Paris sans la moindre difficulté. À l'heure du Global Trading, d'Internet, des transmissions satellites, c'est bien difficile à croire ».

(584) « [a further area] where harmonisation is desirable in the light of the potentially transfrontier nature of the enforcement operation [is] the seizure of accounts at banks and other financial institutions — to ensure that a unified approach is adopted in relation to the central administration of the bank and its branches and subsidiaries » (W. KENNETT, « Enforcement : general report », in *Procedural laws in Europe — Towards harmonisation*, Maklu, 2003, pp. 79 et s., sp. p. 110).

DBL5151.book Page 340 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

que la théorie du lieu de paiement a été préconisée par une partie de la doctrine (585). En application de cette conception, la saisie-arrêt faite au siège social d'un établissement de crédit inclut les sommes déposées dans une succursale étrangère, pourvu que leur paiement puisse être exigé par le débiteur saisi audit siège (586). L'absence de jurisprudence récente affrontant cette question en Belgique ne nous permet pas de déterminer sa réception dans l'ordre juridique. Examinons dès lors ce qu'il en est en France.

237. L'état du droit en France : dissociation entre objet de la déclaration… Le critère traditionnel du siège social de l'établissement de crédit continue à nourrir la jurisprudence française, à tout le moins dans une certaine mesure. Ainsi, dans l'affaire bien connue ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour de cassation de France du 30 mai 1985 (587), la banque Indosuez, tiers saisie, n'avait pas fait état dans sa déclaration d'avoirs détenus pour compte du débiteur saisi par une de ses succursales en Suisse. La Cour de cassation décida que la saisie-arrêt s'exerçait sur l'ensemble des sommes dont le tiers saisi est débiteur envers le saisi, en ce compris donc les biens se trouvant à l'étranger. À défaut de les avoir déclarés, l'établissement de crédit avait justement été condamné par la juridiction du fond.

Cet arrêt a été critiqué, assez brièvement, dans la troisième partie de la thèse de M. Améli, consacrée à la situation du tiers saisi et plus spécialement à la déclaration de ce dernier, où l'auteur consacre des développements à la localisation des biens saisis (588). En fait d'analyse, il s'agit essentiellement de la critique de cet arrêt de la Cour de cassation française. Selon l'auteur, la condamnation du tiers saisi supposait l'indisponibilité des avoirs « détenus » à l'étranger ; « or […] admettre

(585) *R.P.D.B.*, v° Saisie-arrêt bancaire, *op. cit.*, p. 812, n° 22 ; cette position exprimée par ces auteurs est reprise comme telle par 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.

(586) M. GRÉGOIRE, « La succursale bancaire confrontée à la saisie-arrêt », *op. cit.*, p. 253 ; l'auteur ajoute : « L'indisponibilité provoquée en un lieu potentiel de paiement par une saisie-arrêt pratiquée conformément aux règles applicables en ce lieu rejaillit sur tous les autres lieux potentiels de paiement, non parce que la saisie-arrêt aurait une portée extraterritoriale — ce qui ne se peut — mais en raison du droit de la banque de s'opposer au double paiement d'une même obligation » (*ibid.*, p. 254).

(587) Cass. fr. (com.), 30 mai 1985, *R.C.D.I.P.*, 1986, p. 329, avec obs. H. BATIFFOL.

(588) « Nous allons uniquement tenter de traiter ici des rapports existant entre la saisie-arrêt et la localisation des biens et créances qui sont susceptibles d'en faire l'objet et, seulement dans la mesure où cette localisation intéresse l'étendue de l'obligation née pour le tiers saisi quant à la déclaration des biens sur lesquels porte la mesure d'exécution » (F. AMELI, *La saisie-arrêt en droit international privé*, *op. cit.*, pp. 551 et 552, n° 417).

DBL5151.book Page 341 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

cela revient à reconnaître à la saisie-arrêt un effet extraterritorial » (589). Par ailleurs, enchérit l'auteur, « cette solution augmente les risques d'une méconnaissance à l'étranger des effets de la saisie-arrêt française, tout au moins sur les biens situés à l'étranger, et fait subir ainsi au tiers saisi un risque supplémentaire et sérieux de double paiement » (590). Naturellement, ce risque n'existe pas lorsqu'il s'agit d'une mesure conservatoire.

La Cour de cassation de France a rendu un autre arrêt intéressant notre sujet en date du 30 janvier 2002, qui a confirmé pour la saisie-attribution la solution précédemment adoptée en matière de saisie-arrêt (591). Dans cette affaire, la cour d'appel de Paris, confirmant l'appréciation du juge de l'exécution, avait condamné sous astreinte un établissement de crédit à communiquer le montant des sommes qu'il détenait pour le compte du débiteur saisi, y compris en ses succursales situées à l'étranger, en exécution du procès-verbal de saisie conservatoire. La Cour de cassation française, après avoir consacré la compétence du juge d'exécution français à connaître des incidents suscités par une saisie signifiée en France, décida que « c'est sans excéder ses pouvoirs ni violer le principe de la territorialité des procédures d'exécution que la cour d'appel a retenu que la banque, tiers saisi, devait déclarer l'ensemble des sommes dues au débiteur dès lors que celles-ci sont dues par la personne morale elle-même, peu important la localisation en France ou à l'étranger des succursales, elles-mêmes non constituées en sociétés distinctes, dans lesquelles les comptes sont tenus » (592).

238. … et objet de l'indisponibilité. Citant ces deux arrêts de la Cour de cassation de France, MM. Hugon et Menut relient à la conception traditionnelle, selon laquelle la créance est localisée au domicile du débiteur, l'admission, par la haute juridiction, de l'inclusion par la saisie des sommes déposées par le saisi dans une succursales étrangère (593). Mais il

(589) F. AMELI, *La saisie-arrêt en droit international privé*, *op. cit.*, p. 554, n° 417 ; la suite n'est pas très rigoureuse : « Certes, il est vrai que la saisie-arrêt s'exerce sur l'ensemble des sommes que détient le tiers saisi mais il est vrai également que la mesure de saisie-arrêt ne peut atteindre que les biens situés en France. Un argument supplémentaire vient […] s'ajouter à celui-ci concernant précisément la notion de personnalité du tiers saisi. En effet, la personnalité morale distincte de la filiale a pour conséquence que celle-ci ne pourra pas être apparentée du point de vue juridique à la maison mère » ; on se souviendra à cet égard qu'il s'agissait d'une succursale et non d'une filiale à la personnalité juridique distincte.

(590) F. AMELI, *La saisie-arrêt en droit international privé*, op. cit, pp. 554 et 555, n° 418.

(591) Cass. fr. (2e civ.), 30 janv. 2002, *J.C.P.*, 2003, éd. E, J., n° 587, avec note G. CUNIBERTI.

(592) M. Guinchard approuve cette continuité dans la jurisprudence, mais signale, ce qui ne nous paraît pas exact, qu'elle aboutit à un risque de double paiement (E. GUINCHARD, « Les procédures civiles d'exécution en droit international privé », *op. cit.*, nos 1711.193 et 1711.194), puisque le paiement de la créance objet de la saisie n'est en cause.

(593) Chr. HUGON et B. MENUT, « Les enjeux européens du recouvrement de créances », *Droit et procédures*, 2005, pp. 69 et s., sp. p. 73, n° 24.

DBL5151.book Page 342 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

faut bien constater que les principes ne sont tels qu'en ce qui concerne la *déclaration* des avoirs, et non leur *détournement* à la satisfaction du saisissant. Ainsi, le 24 juin 2004, le juge de l'exécution de Paris estimait que le principe de territorialité s'opposait à ce qu'une saisie-attribution signifiée au siège social parisien d'un établissement de crédit puisse appréhender la monnaie scripturale figurant sur un compte ouvert auprès d'une succursale monégasque de cet établissement de crédit (594).

Dans cette affaire, la BNP Paribas avait déclaré à l'huissier l'existence d'un compte créditeur de près de 800 000 euros au profit du saisi, tout en précisant que le compte « était géographiquement sur la Principauté de Monaco » et qu'elle émettait en conséquence « toutes réserves quant à la suite qui sera donnée à cet acte de saisie ». Contactée deux jours après par l'huissier, la succursale monégasque fit savoir à ce dernier que la saisie parisienne était « irrecevable » en Principauté de Monaco. Saisi de l'action du créancier saisissant contre la BNP Paribas visant à obtenir paiement des sommes qu'il prétendait saisir, le juge de l'exécution la rejeta en opérant une distinction entre les obligations du tiers saisi de déclaration, d'une part, et de paiement, d'autre part. Si la première couvre les avoirs détenus sur les comptes ouverts auprès de succursales situées à l'étranger, tel n'est pas le cas de la seconde, en raison du principe de territorialité. Le tribunal justifia ainsi sa position : « En présence de sommes déposées sur un compte ouvert auprès d'une succursale étrangère d'une banque française […], la créance doit être réputée localisée à l'adresse de cette succursale et non au siège social de la banque française dès lors que, nonobstant l'absence de personnalité morale distincte de la succursale, des liens étroits et spécifiques unissent les rapports contractuels entre cette dernière, seule habilitée à gérer le compte ouvert en son établissement à l'exclusion de la maison mère et le titulaire de ce compte, et dès lors que par ailleurs la disponibilité de cette créance peut être affectée, non seulement par les dispositions contractuelles applicables entre parties, mais aussi par l'application de dispositions légales ou réglementaires issues du droit bancaire du pays du lieu de situation de la succursale ».

En d'autres termes, rien n'a changé par rapport à la saisie-arrêt, sous l'empire de laquelle le doyen Battifol pouvait écrire que « l'obstacle apporté en droit international à l'indisponibilité des fonds détenus à l'étranger ne signifie pas l'inanité de l'exigence que la déclaration les inclue » (595). Selon le savant auteur, il ne s'agit là que d'une illustration que « les relations internationales ont des exigences qui obligent à des adaptations du droit interne. Celui-ci attache à la déclaration affirmative l'indisponibilité des fonds déclarés et sa sanction. Dans l'ordre international, empêché d'obliger à l'indisponibilité, la sanction reste cependant

(594) Jex Paris, 24 juin 2004, *Droit et procédures*, 2005, n° 1, pp. 35 et s. avec obs. O. SALATI.
(595) H. BATTIFOL, obs. citées, p. 333.

DBL5151.book Page 343 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

praticable » (596). Cette distinction entre objet de la déclaration et objet de l'indisponibilité ne date pas d'hier (597) ; elle est critiquée par une argumentation qui aboutit à prôner l'absence d'obligation de déclarer les avoirs sis à l'étranger lorsqu'ils ne sont pas frappés d'indisponibilité (598).

239. Notre opinion : saisie au siège social de l'établissement de crédit… À notre estime, une solution ménageant les intérêts du saisissant et de l'établissement de crédit tiers saisi pourrait avantageusement emprunter aux deux théories dont il a été principalement question dans les lignes qui précèdent. L'opinion subordonnant toute efficacité de la saisie à la condition que celle-ci soit formée au lieu où un paiement au titulaire du compte est possible, serait adoptée en son principe mais écartée en ce qui concerne l'obligation de déclaration des avoirs. Il en résulte un hiatus entre l'objet des deux principales obligations qui pèsent sur le tiers saisi. L'établissement de crédit sera amené à déclarer l'intégralité de sa dette vis-à-vis du débiteur saisi, même si cette dette ne peut être exécutée au profit de ce dernier en son siège social. Mais en raison de cette impossibilité même, l'avoir scriptural ne pourra être détourné, ou simplement immobilisé, au profit du créancier saisissant (599).

Cette inhabituelle dichotomie peut néanmoins se justifier. L'existence d'une seule personne morale au patrimoine unique constitue à l'évidence le principal argument étendant l'obligation de déclaration. Il n'est cependant pas le seul. Nous avons en effet constaté les étroites connexions existant entre maison-mère et succursales. De plus, l'obligation de déclaration des avoirs se prête bien mieux qu'une autre à l'exportation dans un pays étranger. N'ayant pas d'effet réel, elle peut se prévaloir des heureux précédents consacrant l'exécution transnationale des obligations *in personam* (600), dans un cas de figure qui ne pose pas les très délicats problèmes que nous avons mis à jour précédemment (601).

---

(596) *Ibid.*

(597) Voy. ainsi la jurisprudence belge du 19e siècle citée in *R.P.D.B.*, v° Saisie-arrêt bancaire, *op. cit.*, pp. 814 et 815, n° 26.

(598) *R.P.D.B.*, v° Saisie-arrêt bancaire, *op. cit.*, p. 815, n° 27.

(599) Sauf à voir dans un acte de saisie, signifié de façon inappropriée à un siège d'un établissement de crédit où le débiteur saisi ne peut être payé, une opposition amiable à répercuter auprès du siège du paiement, dans la mesure où le for de celui-ci tolère pareille institution sous bénéfice de régularisation immédiate, comme c'est le cas en Belgique ; un acte d'huissier, contenant ou non un jugement de condamnation de somme, vaut bien une simple lettre d'opposition amiable.

(600) On pense ainsi à l'astreinte qui commine une obligation de ne pas faire (Civ. Bruxelles, réf., 1er mars 2001, *J.T.*, 2001, p. 250) ainsi qu'à l'accueil en droit français des injonctions in personam de la common law ; à ce propos, M. Théry écrit : « La technique de l'injonction in personam est parfaite car elle permet de contourner les obstacles que connaît le droit international privé classique (nécessité d'un exequatur, territorialité des voies d'exécution, options de compétence). Le juge impose à une partie de faire ou ne pas faire quelque chose sous la menace d'une sanction dont il conservera en toute hypothèse la maîtrise. Peu importe, dans ces conditions, que la portée de l'injonction dépasse les frontières » (Ph. THÉRY, « Chronique de droit judiciaire privé », *Rev. trim. dr. civ.*, 2004, pp. 544 et s., sp. pp. 550 et 551).

(601) Voy. *supra*, nos 226 et 227.

DBL5151.book Page 344 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

Naturellement, il convient d'aligner les devoirs du tiers saisi sur le *plerumque fit*. Aucune obligation d'investigation auprès de ses succursales à l'étranger ne pèsera sur l'établissement de crédit si l'exploit ne vise pas expressément qu'il entend appréhender autre chose que la monnaie scripturale « locale ». Au contraire, en cas de mention d'une telle « extension », le tiers saisi manquerait à son obligation de transparence en celant l'existence d'avoirs détenus dans telle succursale. Dès lors, confrontée à une saisie-arrêt entre ses mains visant les avoirs en compte éventuellement détenus par une de ses succursales dans tel(s) pays, un établissement de crédit sera toujours tenu de les déclarer mais ne bloquera tout paiement que si cet avoir est également disponible auprès de lui.

240. … ou auprès de la succursale. On peut préférer procéder aux poursuites en touchant la succursale. À nouveau, le particularisme organisationnel des établissements peut être mis à profit par le créancier saisissant. Via sa succursale, la banque est une personne juridique active sur un territoire étranger. Rien n'expliquerait qu'elle n'y soit pas également localisée passivement. La solution n'est pas contestée, les auteurs insistant surtout sur le fait que la saisie faite entre les mains de la succursale verra son objet limité à ses engagements propres (602). L'on dira plus précisément que la saisie se déploiera dans toute son amplitude sur la monnaie scripturale qui peut être mise à disposition du saisi par la succursale, même si les comptes qui en constituent le support ont été ouverts ailleurs. Le créancier n'a pas plus de droits que son débiteur mais ne peut en avoir moins. De façon symétrique par rapport au cas de la saisie opérée au siège social, la poursuite devra être répercutée par la succursale auprès de la maison mère afin que soit complétée, le cas échéant, la déclaration du tiers saisi par les avoirs qui y seraient éventuellement détenus. Concernant ceux-ci, seuls l'indisponibilité et le paiement au saisissant ne pourront être de mise. Bref, seule la monnaie scripturale hors d'atteinte du saisi lui-même auprès de la succursale reste inaccessible au créancier qui y forme une saisie.

241. En conclusion. Lorsque la territorialité doit s'adapter à l'immatérialité, les attentes en l'efficacité de l'exécution ne peuvent qu'être déçues. À nos yeux, la question de l'impact de la saisie sur les relations entre l'établissement de crédit et ses succursales doit être traitée en conciliant l'unité de la personne morale et de son patrimoine avec le principe selon lequel l'indisponibilité et le détournement de la monnaie

(602) « On peut admettre que, malgré l'absence de personnalité morale, la succursale répond de ses engagements propres, et de ceux-là seulement. Une saisie pratiquée auprès d'elle produira effet pour les créances dont le débiteur saisi est titulaire à son encontre » (Ph. THÉRY, *Voies d'exécution*, *op. cit.*, p. 7, n° 45).

DBL5151.book Page 345 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

scripturale au profit du saisissant ne peuvent prospérer qu'à la condition que la poursuite soit effectuée à l'endroit où cette monnaie est disponible pour le débiteur saisi. Cette solution a le mérite d'atténuer l'opacité habituelle des relations bancaires.

On ne peut cependant taire les aléas qui guettent cette solution, spécialement lorsque la succursale se trouve établie dans un pays où un véritable secret bancaire est de mise (603). Face à ces incertitudes, il n'est pas étonnant que le problème du caractère transnational des saisies ait été pragmatiquement contourné par la construction européenne. Si quelques acquis non négligeables sont dès lors à mettre à l'actif de l'Union, il faut convenir qu'ils restent insuffisants et que le salut ne passera que par un instrument européen de saisie des comptes bancaires. Tel est l'objet des développements qui suivent.

B. *La territorialité contournée et affrontée*

242. Plan. Le territoire européen est le théâtre, depuis de nombreuses années, de substantielles avancées en matière judiciaire. Eu égard au cloisonnement des différents droits nationaux en matière d'exécution, la prudence imposait de contourner la question de la territorialité. L'évolution s'est donc essentiellement traduite par une amélioration de l'intégration des jugements étrangers. Le récent Code de droit international privé s'est notablement inspiré de cette ouverture (1). Cependant, sans nier l'importance de ces améliorations, seul un instrument européen permettra une appréhension efficace de la monnaie scripturale (2).

1° Les acquis de la circulation des jugements

243. Schéma. Comme chacun sait, le droit international privé de chaque État est constitué, d'une part, de dispositions issues de conventions et d'instruments internationaux, tels ceux issus de l'intégration européenne, et, d'autre part, d'un droit commun applicable à défaut de telles dispositions. Nous examinerons tout d'abord les normes arrêtées par l'Union européenne, tant elles sont importantes pour la pratique quotidienne du contentieux international (a). Ensuite, le « droit commun » du récent Code belge de droit international privé retiendra notre attention (b).

(603) « If an account is held by a (dependent) branch of the bank, it may be located (in a more or less fictitious way) at the seat of the (headquarters of the) bank. Nevertheless, regulation by the Member State where the branch is located, may also affect the account, i.e. regulations on bank secrets, securities or prudential supervision. Therefore, several national jurisdictions locate the account at the place of the branch » (B. HESS, « Study No. JAI/A3/2002/02 on making more efficient the enforcement of judicial decisions within the European Union : Transparency of a Debtor's Assets — Attachment of Bank Accounts — Provisional Enforcement and Protective Measures », disponible sur le site http://www.ipr.uni-heidelberg.de, sp. p. 77).

DBL5151.book Page 346 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

a) *Les dispositions applicables dans l'Union européenne*

244. De Bruxelles à Tampere. C'est un truisme de souligner que les efforts déployés depuis plus de quarante ans par les instances européennes pour aboutir à un espace de libre circulation des personnes, des biens, des services et des capitaux seraient restés notablement insatisfaisants s'ils n'avaient été complétés par un travail tendant à consacrer une libre circulation des jugements au sein de ce même espace. La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale constitua une exceptionnelle avancée au regard de la tradition des conventions de droit international privé (604).

Conscients de la nécessité d'une plus forte intégration en la matière, les États membres ont introduit dans le Traité d'Amsterdam l'intention de faire de l'Union européenne un espace de liberté, de sécurité et de justice (605). Peu après l'entrée en vigueur, le 1er mai 1999, de ce Traité, un sommet du Conseil européen, tenu à Tampere, en Finlande, a adopté un programme énumérant les lignes directrices politiques, des objectifs pratiques et un calendrier pour leur mise en œuvre (606). Les institutions européennes ont ainsi été dotées de compétences accrues pour décréter des instruments au spectre plus large et à l'efficacité renforcée (607).

(604) K.D. KERAMEUS, « Procédure civile nationale et exigences communautaires », in *Justice et droits fondamentaux, Études offertes à J. Normand*, Litec, 2003, pp. 253 et s., sp. pp. 254 et 255 ; on n'examinera ici ni le champ d'application de cette Convention, ni les modifications apportées à son texte au fil des ans et de l'élargissement européen, ni l'important travail d'interprétation de l'instrument opéré par la Cour de justice des Communautés européennes ; sur ces points, voy. spéc. P. GOTHOT ET D. HOLLEAUX, *La Convention de Bruxelles*, Jupiter, 1985 ; H. GAUDEMET-TALLON, *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano*, L.G.D.J., Droit des affaires, 1996, 2e éd. et *Compétence et exécution des jugements en Europe*, L.G.D.J., Droit des affaires, 2002, 3e éd. ; N. WATTÉ, « Les relations des conventions de Bruxelles et de Lugano sur la compétence internationale et les effets des jugements », in *L'espace européen en matières civile et commerciales*, Bruylant, 1999, pp. 3 à 31 ; sur le travail d'interprétation opéré par la Cour de justice des Communautés européenne, voy. Chr. LESAUVAGE, « Contribution de la Cour de justice des communautés européennes à la mise en œuvre d'un régime d'exécution des titres et décisions judiciaires », in *L'aménagement du droit de l'exécution dans l'espace communautaire — Bientôt les premiers instruments*, Éditions juridiques et techniques, 2003, pp. 45 et s.

(605) Sur ce processus en général, voy. D. GRISAY et D. PICCININNO, « L'espace européen de justice », *J.T.D.E.*, 2005, pp. 97 et s.

(606) Le Conseil s'est réuni à Tampere les 15 et 16 octobre 1999 ; un état des lieux a été dressé dans une Communication du 2 juin 2004 de la Commission au Conseil et au Parlement européen intitulée « Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice : bilan du programme de Tampere et futures orientations », Com(2004) 401.

(607) Sur cette évolution, voy. en général H. VAN HOUTTE, « De gewijzigde bevoegdheid van de Europese Unie inzake IPR », in *Het nieuwe Europese IPR*, Intersentia Rechtswetenschappen, 2001, pp. 1 à 10 ; A.-M. VAN den BOSSCHE, « L'espace européen de justice et le (rapprochement du) droit judiciaire », in *Le droit processuel et judiciaire européen*, La Charte, 2003, pp. 1 à 23 et H. BOULARBAH, « Le cadre général des règles communautaires en matière de procédure civile : coopération judiciaire, droit judiciaire européen et droit processuel commun », *ibid.*, pp. 167 et s. ; voy. en particulier P.-E. PARTSCH, *Le droit international privé européen — De Rome à Nice*, Larcier, Collection de thèses, 2003.

DBL5151.book Page 347 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

Aussi, les articles 61, 65 et 67 du Traité instituant la Communauté européenne ont fondé de substantiels et récents instruments. Au règlement n° 44/2001 du 22 décembre 2000 (608), qui est venu se substituer à la Convention de Bruxelles précitée (609), s'ajoutent les règlements n^{os} 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité (610), 1348/2000 du 29 mai 2000 relatif à la signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale (611), 1206/2001 du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile et commerciale (612) et 2201/2003 du 27 novembre 2003 du Conseil relatif à la compétence,

(608) *J.O.C.E.*, n° L. 12, 16 janv. 2001, rect. *J.O.C.E.* n° L. 307, 24 nov. 2001 ; sur cet instrument, voy. N. WATTÉ, A. NUYTS et H. BOULARBAH, « Le règlement Bruxelles I sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *J.T.D.E.*, 2002, pp. 161 et s. ; A. NUYTS, « La communautarisation de la convention de Bruxelles. Le règlement 44/2001 sur la compétence judiciaire et l'effet des décisions en matière civile et commerciale », *J.T.*, 2001, pp. 913 et s. ; C. BRUNEAU, « Les règles européennes de compétence en matière civile et commerciale », *J.C.P.*, 2001, I, n° 304 ; C. BRUNEAU, « La reconnaissance et l'exécution des décisions rendues dans l'Union européenne », *J.C.P.*, 2001, I, n° 314 ; E. VAN HOVE, « Le règlement européen du 22 décembre 2000 », *Rev. not.*, 2001, pp. 274 et s.

(609) On se doit de préciser que la Convention de Bruxelles reste en vigueur lorsque le règlement n'est pas d'application ; elle continue donc à régir les relations entre les États membres et le Danemark ainsi que celles mettant en cause les États membres de la Convention qui ne font pas partie de l'Union européenne (M. LEBOIS et C. TUBEUF, « Règlement (CE) 44/2001 du 22 décembre 2000. La reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires — Cadre général », in *Le droit processuel et judiciaire européen* », pp. 373 et s., sp. note n° 2) ; on ne perdra pas non plus de vue la Convention de Lugano, qui continue à régir certaines situations internationales en Europe : « Dit Verdrag geldt wanneer de verweerder woont in een Staat die partij is bij het Verdrag van Lugano maar geen E.U.-Lidstaat, wanneer een onroerend goed in die Staat is gevestigd of wanneer de rechtbank van die Staat is aangewezen in een forumkeuze » (T. KRUGER, « De buitengrenzen van de Europese gerechtelijke ruimte. De positie van partijen van buiten de E.U. : deel 1 », in *Le droit processuel et judiciaire européen*, La Charte, 2003, pp. 63 et s., sp. p. 69, n° 13) ; les États européens parties à la Convention de Lugano tout en n'étant pas membres de l'Union sont l'Islande, la Norvège et la Suisse.

(610) *J.O.C.E.*, n° L. 160, 30 juin 2000 ; sur ce règlement, voy. T. BOSLY, « La faillite internationale. Une ère nouvelle s'est-elle ouverte avec le règlement du Conseil du 29 mai 2000 ? », *J.T.*, 2001, pp. 689 et s. ; N. WATTÉ et V. MARQUETTE, « Le règlement communautaire du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité », *R.D.C.*, 2001, pp. 565 et s. ; P. WAUTELET, « Reconnaissance et exécution des décisions en Europe. L'exemple de la faillite internationale », in *Le droit processuel et judiciaire européen*, La Charte, 2003, pp. 4109 et s. ; du même auteur, voy. auparavant « De Europese insolventieverordening », in *Het nieuwe Europese IPR*, Intersentia Rechtswetenschappen, 2001, pp. 103 à 167.

(611) *J.O.C.E.*, n° L 160, 30 juin 2000 ; sur ce règlement, voy. E. LEROY, « Le règlement (CE) n° 1348/2000 relatif à la signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale, adopté par le Conseil de l'Union européenne le 29 mai 2000 », *Rev. not.*, 2001, pp. 138 et s. ; M. EKELMANS, « Le règlement 1348/2000 relatif à la signification et à la notification des actes judiciaires et extrajudiciaires », *J.T.*, 2001, pp. 481 et s. ; G. de LEVAL et M. LEBOIS, « Betekenen in de Europese Unie op grond van Verordening 1348/2000 van 29 mei 2000 », in *Het nieuwe Europese IPR*, Intersentia Rechtswetenschappen, 2001, pp. 169 à 192 ; Ch. VAN HEUKELEN, « Le règlement 1348/2000 — Analyse et évaluation par un patricien du droit », in *Le droit processuel et judiciaire européen*, La Charte, 2003, pp. 195 et s. ; I. BAMBUST, « La chambre nationale des huissiers de justice de Belgique et sa nouvelle vocation dans le cadre du règlement (CE) n° 1348/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif à la signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires et extra-judiciaires en matière civile et commerciale : centre S.O.S. entre le géocentrisme et l'héliocentrisme », *ibid.*, pp. 237 et s.

(612) *J.O.C.E.*, n° L 174, 27 juin 2001 ; sur ce règlement, voy. les références citées *supra*, n° 208, en note.

DBL5151.book Page 348 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale (dit règlement Bruxelles II*bis*) (613), qui a abrogé le règlement n° 1347/2000 du 29 mai 2000 (dit Bruxelles II) (614).

La perspective dégagée du sommet de Tampere est de voir disparaître les étapes intermédiaires encore nécessaires à la circulation des jugements au sein de l'Union européenne (615). Le règlement n° 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale accentue en ce sens la confiance mutuelle entre États européens, afin de permettre la libre circulation des jugements. Un pas supplémentaire a été franchi avec l'entrée en vigueur, le 21 janvier 2005, du règlement n° 805/2004 du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées (616). À l'instar de leurs prédécesseurs, ces instruments européens n'abordent néanmoins que très incidemment les questions de l'exécution au sens large (617). Examinons-en les dispositions susceptibles d'intéresser l'appréhension des avoirs bancaires.

– Compétence directe en matière de mesures conservatoires et de voies d'exécution dans le règlement n° 44/2001

245. Territorialité des voies d'exécution. Ainsi que nous l'avons déjà signalé, l'article 22, 5°, du règlement 44/2001, ancien article 16, 5°, de la Convention de Bruxelles, faisant application d'un principe « très

(613) *J.O.U.E.*, n° L 338, 23 décembre 2003.

(614) *J.O.C.E.*, n° L 160, 30 juin 2000 ; sur ce règlement, voy. J.-Y. CARLIER, S. FRANCQ et J.-L. VAN BOXSTAEL, « Le règlement de Bruxelles II — Compétence, reconnaissance et exécution en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale », *J.T.D.E.*, 2001, pp. 73 et s. ; N. WATTÉ et H. BOULARBAH, « Le règlement communautaire en matière matrimoniale et de responsabilité parentale (règlement dit 'Bruxelles II') », *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, pp. 539 et s.

(615) H. MUIR WATT, « Remarques liminaires sur l'espace européen en matière civile et commerciale », in *Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen ?*, Dalloz, 2004, pp. 1 et s., sp. p. 1, n° 2 ; H. STORME, « Intermediaire stadia in grensoverschrijdende tenuitvoerlegging binnen Europa reduceren en wegwerken », in *Le droit processuel et judiciaire européen*, La Charte, 2003, pp. 493 et s. ; *adde* les points 34 et 36 des conclusions de la présidence à l'issue du Conseil européen de Tampere, disponible sur le site internet de la Commission www.europa.eu.int/comm/justice_home, qui insistent sur l'importance de la suppression des étapes intermédiaires pour les demandes de faible importance, celles relevant du droit de la famille et les mesures provisoires, telles les saisies « d'avoirs faciles à transférer ».

(616) Règlement (CE) n° 805/2004 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées, *J.O.U.E.*, n° L 143, 30 avr. 2004, pp. 15 et s ; sur cet instrument voy. *infra*, n° 259.

(617) B. HESS, « Study No. JAI/A3/2002/02 on making more efficient the enforcement of judicial decisions within the European Union : Transparency of a Debtor's Assets — Attachment of Bank Accounts — Provisional Enforcement and Protective Measures », *op. cit.*, p. 14 ; « […] la Convention n'uniformise ni le droit matériel dont il est fait application dans les décisions étrangères ni le droit de l'exécution des États membres. La Convention ne fait que se superposer à des ordres juridiques complets, qui se suffisent à eux mêmes et qui n'ont pas vocation à s'exporter » (C. TUBEUF, « L'efficacité internationale des décisions dans l'espace judiciaire européen », *R.D.C.*, 2001, pp. 603 et s., sp. p. 605, n° 3.4).

DBL5151.book Page 349 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

généralement admis » en droit international privé (618), réserve une compétence exclusive, en matière d'exécution des décisions, aux tribunaux de l'État membre du lieu de l'exécution. C'est l'expression du principe de territorialité du droit de l'exécution.

246. Raison d'être d'un for particulier pour les mesures provisoires et conservatoires. Les litiges transnationaux, peut-être plus encore que ceux qui ne concernent qu'un seul for, exigent des mesures provisoires (619). Les travaux européens l'ont bien compris ; l'article 31 du règlement 44/2001, ancien article 24 de la Convention de Bruxelles, permet la saisine, en vue de l'octroi de mesures provisoires, d'un juge qui n'est normalement pas compétent pour connaître du fond du litige en application des normes de compétence directe du règlement. Par cette disposition, il s'est agi d'éviter de subordonner la préservation d'intérêts en péril à l'exequatur de décisions rendues par des juridictions compétentes au fond. Comme l'ajoute justement M. van Drooghenbroeck, en référence à l'arrêt *Denilauler* de la Cour de justice des Communautés européennes (620), le retard qui en eut par essence découlé se serait mué en « situation inextricable si ladite mesure était ordonnée au terme d'une procédure unilatérale » (621).

247. La saisie conservatoire d'un compte est une mesure provisoire. Il est incontesté qu'une saisie conservatoire consistant à priver de disponibilité un avoir scriptural révélé par un compte bancaire peut revendiquer le bénéfice de l'article 31 du règlement européen. Tout d'abord, ayant pour but de préserver l'intégrité d'une obligation de somme, la saisie-arrêt conservatoire tombe en effet dans le champ d'application de cette disposition, étant donné que les mesures demandées concernent une matière relevant

(618) H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, L.G.D.J., Droit des affaires, 2002, 3e éd., p. 86, n° 120.

(619) « Les mesures provisoires et conservatoires constituent un élément d'une importance primordiale dans le contexte de la reconnaissance et de l'exécution des décisions étrangères » (Communication n° 98/C 33/03 de la Commission au Conseil et au Parlement européen, « Vers une efficacité accrue dans l'obtention et l'exécution des décisions au sein de l'Union européenne », *J.O.C.E.*, C. 33/3, 31 janvier 1998, n° 22) ; *adde* E. GUINCHARD, « Procès équitable (article 6 CESDH) et droit international privé », in *International civil litigation in Europe and relations with Third States*, Bruylant, 2005, pp. 199 et s., sp. p. 201, n° 3, qui pose la question « si l'on peut dégager un droit à l'exécution en matière internationale, celui-ci n'implique-t-il pas un droit à des mesures conservatoires » ; J. NORMAND et K.D. KERAMEUS, « La nécessité des procédures provisoires dans les litiges transnationaux », in *Transnational aspects of procedure law*, Giuffre, 1998, t. III, pp. 1141 et s., sp. p. 1158.

(620) C.J.C.E., 21 mai 1980, *Denilauler c. Couchet*, aff. 125/79, *Rec.*, 1980, p. 1553 ; sur cet arrêt, voy. *infra*, nos 252 et s.

(621) J.-Fr. van DROOGHENBROECK, « Les contours de l'article 24 de la Convention de Bruxelles. Éléments de réflexion », in *L'espace judiciaire européen en matières civile et commerciale*, Bruylant, 1999, pp. 251 et s., sp. n° 1 ; le lien entre l'arrêt Denilauler et la jurisprudence relative à l'article 24 de la Convention de Bruxelles est également fait par H. BORN, M. FALLON, et J.-L. VAN BOXSTAEL, *Droit judiciaire international — Chronique de jurisprudence 1991-1998*, Larcier, Dossiers du Journal des tribunaux, 2001, sp. pp. 450 et 451, n° 226.

DBL5151.book Page 350 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

du domaine du règlement (622). En second lieu, nul doute que cette même saisie-arrêt conservatoire, en droit belge, participe de la mesure provisoire et conservatoire (623). Au sens autonome de l'article 31 du règlement (624), celle-ci est définie comme la mesure qui, dans les matières relevant du champ d'application du règlement, est destinée à maintenir une situation de fait ou de droit afin de sauvegarder des droits dont la reconnaissance est par ailleurs demandée au juge du fond (625). Sensible aux interrogations et aux critiques suscitées par cette définition (626), la Cour de justice des Communautés européennes a ultérieurement précisé que la procédure au fond dont question pouvait être engagée ultérieurement (627). Les incertitudes doctrinales relatives au concept de mesures conservatoires et provisoires nous sont donc épargnées (628). Il reste que l'application de cette disposition a révélé d'autres controverses (629).

(622) H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, *op. cit.*, p. 246, n° 306 ; dans une précédente édition de son ouvrage, l'auteur relevait « une totale identité du domaine d'application ratione materiae de la Convention de Bruxelles en général et de l'article 24 en particulier » (H. GAUDEMET-TALLON, Les conventions de Bruxelles et de Lugano, *op. cit.*, p. 193, n° 267) ; K. VANDEKERCKHOVE, « Voorlopige of bewarende maatregelen in de EEX-Verordening, in EEX-II en in de Insolventieverordening », in *Le droit processuel et judiciaire européen*, La Charte, 2003, pp. 119 et s., sp. p. 120, n° 5.

(623) H. BORN, M. FALLON, et J.-L. VAN BOXSTAEL, *Droit judiciaire international — Chronique de jurisprudence 1991-1998*, *op. cit.*, p. 461, n° 231.

(624) « Les critères autonomes de la notion communautaire de mesure provisoire sont ainsi clairement établis. Ce n'est pas tant sa nature — mesure d'attente, de conservation, de réglementation ou d'anticipation — qui importe mais bien sa réversibilité ou encore sa précarité ainsi que sa nécessité pour garantir l'efficacité de la décision à intervenir sur le fond » (H. BOULARBAH, « Les mesures provisoires en droit commercial international : développements récents au regard des Conventions de Bruxelles et Lugano », *R.D.C.*, 1999, pp. 604 et s., sp. p. 608, n° 11) ; ce même auteur déduit des arrêts *Van Uden* et *Mietz* de la C.J.C.E. que cette dernière « privilégie une interprétation autonome et axiologique de l'article 24 transformant celui-ci en un for autonome suffisant par lui-même, peu à peu dégagé du mécanisme de renvoi aux règles nationales de compétence » (*ibid.*, p. 604, n° 2) ; ce point reste cependant controversé (voy. *infra*, n° 250, et la référence à la position de M. Born).

(625) E. GUINCHARD, « Les procédures civiles d'exécution en droit international privé », *op. cit.*, n° 1711.62, se référant à l'arrêt *Reichert II* du 26 mars 1992 de la C.J.C.E (point 34) ; voy. ég. H. BORN, M. FALLON, et J.-L. VAN BOXSTAEL, *Droit judiciaire international — Chronique de jurisprudence 1991-1998*, *op. cit.*, p. 474, n° 237.

(626) Voy. les réflexions de J. NORMAND, obs. sous C.J.C.E., 17 nov. 1998 et Cass. fr. (1re civ.), 13 avr. 1999, *R.C.D.I.P.*, 1999, pp. 340 et s., sp. pp. 360 et 362, nos 22 à 27.

(627) H. BORN, M. FALLON, et J.-L. VAN BOXSTAEL, *Droit judiciaire international — Chronique de jurisprudence 1991-1998*, *op. cit.*, pp. 474 et 475, n° 237.

(628) Sur ce point, voy. G. CUNIBERTI, *Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger*, *op. cit.*, pp. 7 à 12, nos 8 à 13 ; C. BRENNER, *L'acte conservatoire*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 323, 1999 ; S. BESSON, *Arbitrage international et mesures provisoires — Étude de droit comparé*, Thèse de licence et de doctorat présentée à la Faculté de droit de l'Université de Lausanne, Schulthess Polygraphischer Verlag Zürich, 1998, sp. p. 29, n° 18 et pp. 39 et s., nos 38 et s. ; voy. ég. *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien — Étude de droit comparé*, sous la direction de J. van Compernolle et G. Tarzia, Bruylant, 1998.

(629) Voy. ainsi les développements très fouillés de H. BORN, M. FALLON, et J.-L. VAN BOXSTAEL, *Droit judiciaire international — Chronique de jurisprudence 1991-1998*, *op. cit.*, pp. 447 à 504, nos 225 à 250 ; *adde* C. KESSEDJIAN, « Note sur les mesures provisoires et conservatoires en droit international privé et droit comparé », n° 147, disponible sur le site internet de la Conférence de La Haye sur le droit international privé (http://hcch.e-vision.nl) ; H. BOULARBAH, « Les mesures provisoires en droit commercial international : développements récents au regard des Conventions de Bruxelles et Lugano », *op. cit.* ; A. MARMISSE et M. WILDERSPIN, « Le régime jurisprudentiel des mesures provisoires à la lumière des arrêts Van Uden et Mietz », *R.C.D.I.P.*, 1999, pp. 669 et s. ; G. CUNIBERTI, note sous C.J.C.E., 17 nov. 1998, *D.*, 2000, J., pp. 378 et s., sp. p. 380, n° 5.

DBL5151.book Page 351 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

248. Quid de l'urgence ? Nous venons de voir que les mesures provisoires et conservatoires visées par l'article 31 du règlement européen ont reçu une définition autonome. Celle-ci s'imposait, sous peine de saper les fondements mêmes de la réglementation européenne (630). Dans la même perspective d'éviter une extension de ce chef exceptionnel de compétence (631), une partie de la doctrine a proposé de la subordonner à une condition d'urgence, non-expressément prévue par le texte (632). L'urgence serait toujours requise, sauf l'hypothèse où la loi de la juridiction compétente au fond imposerait le recours à une procédure unilatérale ; en raison de l'incidence de la jurisprudence *Denilauler*, « dans cette dernière hypothèse, le juge de l'État dans lequel est située l'assiette de la mesure pourra fonder sa compétence sur la base de l'article 24 sans devoir s'appuyer sur l'urgence de la situation » (633).

Quoi qu'il en soit, la condition d'urgence ne figure toujours pas dans l'article 31 du règlement 44/2001. Mme Vandekerckhove déduit d'une comparaison avec l'article 12 du règlement Bruxelles II l'inexistence de cette condition dans l'article 31 du règlement Bruxelles I (634). Si l'urgence est exigée, elle le sera, le cas échéant, en vertu du droit national du juge saisi en application de cette disposition ; cette absence d'exigence d'urgence n'est cependant pas unanimement partagée (635).

---

(630) A. MARMISSE et M. WILDERSPIN, « Le régime jurisprudentiel des mesures provisoires à la lumière des arrêts Van Uden et Mietz », *op. cit.*, p. 675 ; comp. les développements plus nuancés de G. CUNIBERTI, *Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger*, *op. cit.*, pp. 331 à 334, n^{os} 445 à 449.

(631) P. GOTHOT et D. HOLLEAUX, *La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 — Compétence judiciaire et effets des jugements dans la CEE*, *op. cit.*, n° 202.

(632) X. VUITTON, note sous Cass. fr. (1re civ.), 13 avr. 1999, D., 1999, J., pp. 545 et s., sp. p. 547, écrit que l'urgence est inhérente aux termes mêmes de l'article 24 de la Convention de Bruxelles ; J.-Fr. van DROOGHENBROECK, « Les contours de l'article 24 de la Convention de Bruxelles. Éléments de réflexion », *op. cit.*, pp. 257 à 262, n^{os} 6 à 15 : « À peine, à nouveau, de substituer l'exception (article 24) à la règle (compétence au provisoire de la juridiction compétente au fond en vertu des règles de la Convention), il paraît conforme à la lettre et à l'esprit du texte de réserver l'accès au raccourci au demandeur qui peut démontrer l'urgence de la situation constitutive du péril redouté » ; comp. et *contra* A. NUYTS, « Questions de procédure : la difficile coexistence des règles conventionnelles et nationales », in *L'espace judiciaire européen en matières civile et commerciale*, Bruylant, 1999, pp. 235 et s., sp. pp. 248 et 249, n° 9 et H. BORN, « L'article 24 de la Convention de Bruxelles », *eod. loc.*, pp. 269 et s., sp. p. 272 : « la dérogation aux règles de compétence au fond prévue par l'article 24 est sous-tendue par ces deux objectifs au moins, à savoir la rapidité d'obtention et d'exécution de la mesure, et la proximité du juge auquel elle est demandée, alors que l'urgence n'est la traduction en termes de condition de cette dérogation que du premier de ces objectifs ».

(633) J.-Fr. van DROOGHENBROECK, « Les contours de l'article 24 de la Convention de Bruxelles. Éléments de réflexion », *op. cit.*, p. 262, n° 13, note n° 30.

(634) K. VANDEKERCKHOVE, « Voorlopige of bewarende maatregelen in de EEX-Verordening, in EEX-II en in de Insolventieverordening », *op. cit.*, pp. 121 et 122, n° 8 ; *adde* H. BORN, M. FALLON, et J.-L. VAN BOXSTAEL, *Droit judiciaire international — Chronique de jurisprudence 1991-1998*, *op. cit.*, p. 470, n° 235 : « Ce ne serait pas l'urgence mais la territorialité de la mesure qui constituerait la condition nécessaire et suffisante du jeu de l'article 24, pour autant qu'elle soit, en outre, réellement provisoire au sens de cette disposition ».

(635) H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, *op. cit.*, pp. 249 et 250, n° 310.

DBL5151.book Page 352 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

249. Le critère de territorialité prôné comme condition de compétence… Dans une optique identique de contenir l'article 31 dans une interprétation raisonnablement stricte, sinon restrictive (636), il avait été proposé que « l'article 24 devrait logiquement être interprété comme ne permettant pas à un juge d'un État contractant de se reconnaître compétent pour prononcer une mesure provisoire ou conservatoire, quand bien même la lex fori lui donnerait compétence, dès lors que sa décision ne pourrait être exécutée sans passer par le détour d'une procédure d'exequatur » (637).

La mesure doit donc être promise à une exécution sur le territoire du for qui s'est reconnu compétent au titre de l'article 31 du règlement. Mais une exécution partielle sur ce territoire suffit, selon M. van Drooghenbroeck, qui concilie ainsi l'exigence de territorialité et l'effet extra-territorial des mesures conservatoires évoqué dans l'arrêt Denilauler : « le juge saisi de la demande de mesure provisoire sera compétent sur la base de l'article 24 même si la mesure ne devra s'exécuter que partiellement sur le territoire de l'État auquel il appartient […] De même […], l'on peut concevoir qu'une mesure doive être exécutée sur le territoire d'un autre État que celui de la juridiction qui l'a accordée en raison du déplacement de l'« assiette » de la mesure du second État vers le premier […] » (638).

250. … et consacré par la Cour de justice. Dans son arrêt *Van Uden* du 17 novembre 1998, la C.J.C.E. a subordonné l'application de l'article 24 de la Convention de Bruxelles « à la condition de l'existence d'un lien de rattachement réel entre l'objet de cette mesure et l'État contractant du juge saisi » (639). M. Boularbah rejoint l'analyse souple de

(636) Voy. le récent arrêt C-104/03 du 28 avril 2005 de la Cour de justice, selon lequel l'article 24 de la Convention doit être interprété de manière restrictive ; dans cet arrêt, la Cour a décidé que « ne relève pas de la notion de « mesures provisoires ou conservatoires » une mesure ordonnant l'audition d'un témoin dans le but de permettre au demandeur d'évaluer l'opportunité d'une action éventuelle, de déterminer le fondement d'une telle action et d'apprécier la pertinence des moyens pouvant être invoqués dans ce cadre » ; l'arrêt est disponible sur http://curia.eu.int/fr/index.htm.

(637) H. GAUDEMET-TALLON, *Les conventions de Bruxelles et de Lugano*, *op. cit.*, p. 197, n° 271 ; en ce sens ég., J.-Fr. van DROOGHENBROECK, « Les contours de l'article 24 de la Convention de Bruxelles. Éléments de réflexion », *op. cit.*, pp. 252 et 253, n° 2.

(638) J.-Fr. van DROOGHENBROECK, « Les contours de l'article 24 de la Convention de Bruxelles. Éléments de réflexion », *op. cit.*, p. 255, n° 4.

(639) C.J.C.E., 17 nov. 1998, n° 391/95, *Rec.*, 1998, I-7093, p. *J.T.D.E.*, 1998, p. 238, *R.D.C.*, 1999, p. 611, *R.C.D.I.P.*, 1999, pp. 340 et s., avec obs. J. NORMAND ; on n'insistera pas ici sur les enseignements de cet arrêt qui ne concernent pas notre propos, spécialement l'influence de la présence d'une clause d'arbitrage et sur la mesure dans laquelle le référé-provision ressortit du champ d'application de l'article 31 ; sur ces questions, voy. les références citées par H. BOULARBAH, « Les mesures provisoires en droit commercial international : développements récents au regard des Conventions de Bruxelles et de Lugano », *op. cit.*, note n° 9 ; H. VAN HOUTTE, « À propos des injonctions anti-suit et d'autres torpilles pour couler des actions étrangères », in *L'efficacité de la justice civile en Europe*, Larcier, 2000, pp. 145 et s., sp. pp. 157 et 158.

DBL5151.book Page 353 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

M. van Drooghenbroeck : « Il n'est pas interdit que la mesure sollicitée puisse également produire des effets dans un autre État contractant dès lors qu'elle est exécutable, au moins partiellement, dans l'État du for saisi. En revanche, il est totalement exclu que la mesure puisse être demandée à un juge qui ne possède aucun rattachement avec le lieu d'exécution de la mesure et que celle-ci doit être intégralement mise en œuvre dans un autre État contractant » (640).

La territorialité s'avère décidément inséparable du domaine qui nous retient. Mais comme nous l'avons déjà observé, la localisation du compte bancaire ne va pas de soi. Peut-on suivre M. Cuniberti, qui interprète l'exigence de territorialité de façon très souple lorsque sont en jeu des avoirs incorporels ? Selon cet auteur, « la proximité du juge avec le litige ne peut être d'une quelconque utilité pour ce dernier que si le litige a une assise corporelle. Or, en ce qui concerne les saisies par exemple, il est clair que les juges européens seront généralement amenés à se prononcer sur des biens incorporels, et qu'ils n'auront alors aucune constatation à faire » (641). Une telle opinion a l'avantage d'assurer la performance des mesures conservatoires, mais, à dire vrai, elle revient purement et simplement à nier le critère de rattachement voulu limitatif par la Cour de justice de Luxembourg. Elle ne peut donc être admise.

En bref, nous retiendrons que la compétence fondée sur l'article 31 du règlement n° 44/2001 suppose un lien de rattachement, même si reste controversée la question de savoir si cette disposition renvoie ou non à la *lex fori* du juge saisi de la demande provisoire (642).

251. L'article 31 offre une alternative au for compétent au fond. Il était enseigné que l'article 24 de la Convention se bornait à accorder une faculté au justiciable, qui peut parfaitement préférer solliciter la mesure

(640) H. BOULARBAH, « Les mesures provisoires en droit commercial international : développements récents au regard des Conventions de Bruxelles et Lugano », *op. cit.*, p. 607, n° 7 ; l'auteur apporte également une précision temporelle quant à l'appréciation de la compétence du juge du provisoire : « seul le juge […] de l'État où se trouve l'objet de la mesure — lors de l'introduction de la demande — est compétent pour se prononcer sur les mesures qui se rapportent à cet objet » (*ibid.*, n° 9) ; pour une illustration de cette exigence de rattachement réel, voy. Comm. Bruxelles (réf.), 27 avr. 1999, *R.D.C.*, 1999, p. 625 avec note H. BOULARBAH ; l'ordonnance rejette l'application de l'article 24 car l'objet de l'action était la livraison d'articles de prêt-à-porter dont il n'était ni établi ni même allégué qu'ils se trouvaient, en tout ou en partie, sur le territoire belge ; *adde* Comm. Hasselt (réf.), 2 oct. 1998, *R.W.*, 1999-2000, p. 614, et le résumé fait de cette ordonnance par H. VAN HOUTTE in *R.D.C.*, 1999, p. 222 ; le tribunal s'est reconnu compétent, au titre de l'article 24 de la Convention de Bruxelles pour interdire à une banque belge d'exécuter la garantie à première demande souscrite au profit d'une société néerlandaise pour sûreté d'une commande de fournitures restée partiellement inexécutée.

(641) G. CUNIBERTI, note sous C.J.C.E., 17 nov. 1998, *D.*, 2000, J., pp. 378 et s., sp. p. 381, n^{os} 8 et 9.

(642) Sur cette controverse, comp. la position précitée d'H. BOULARBAH avec celle de M. BORN (H. BORN, M. FALLON et J.-L. VAN BOXSTAEL, *Droit judiciaire international — Chronique de jurisprudence 1991-1998*, *op. cit.*, pp. 467 et 468, n° 234 et p. 483, n° 241.

DBL5151.book Page 354 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

conservatoire de la juridiction compétente au fond du litige (643). La Cour de justice des Communautés européennes a avalisé cette interprétation dans son arrêt *Van Uden* du 17 novembre 1998. Dans cette hypothèse, « la compétence au provisoire n'est subordonnée à aucune autre condition, notamment pas à l'exigence que la condamnation sollicitée doive pouvoir être exécutée dans l'État du juge saisi » (644). Il est donc important de noter que l'exigence de territorialité déduite de l'arrêt *Van Uden* de la Cour de justice n'est pas d'application si la mesure provisoire est ordonnée par le juge du fond. Au regard de cette pluralité de fors compétents, M. Cuniberti voit dans l'ancien article 24 de la Convention de Bruxelles une admission implicite de l'extraterritorialité en matière de mesures conservatoires (645).

– Réception et exécution des décisions étrangères au sein de l'espace européen

252. Principes. L'espace européen est sans nul doute caractérisé par une intense confiance réciproque entre États membres. On a pu écrire à ce propos que le chapitre III du règlement 44/2001 « constitue une étape intermédiaire vers un espace judiciaire où les jugements rendus dans les États membres seront d'emblée des titres exécutoires efficaces dans tous les États de l'Union » (646). Nul doute que l'objectif que se sont fixé les autorités européennes est la suppression la plus généralisée possible de l'exequatur (647).

(643) E. GUINCHARD, « Les procédures civiles d'exécution en droit international privé », *op. cit.*, n° 1711.94 ; H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, *op. cit.*, p. 247, n° 306 ; P. WAUTELET, « La Cour d'arbitrage et la compétence en matière de saisies », note sous C.A., 30 janv. 2003, *Act. dr.*, 2003, pp. 349 et s., sp. p. 359, n° 4.

(644) H. BOULARBAH, « Les mesures provisoires en droit commercial international : développements récents au regard des Conventions de Bruxelles et Lugano », *op. cit.*, p. 605, n° 3 ; G. CUNIBERTI, note sous C.J.C.E., 17 nov. 1998, *D.*, 2000, J., pp. 378 et s., sp. p. 380, n° 6 ; K. VANDEKERCKHOVE, « Voorlopige of bewarende maatregelen in de EEX-Verordening, in EEX-II en in de Insolventieverordening », *op. cit.*, p. 123, n° 12 ; H. BORN, M. FALLON, et J.-L. VAN BOXSTAEL, *Droit judiciaire international — Chronique de jurisprudence 1991-1998*, *op. cit.*, p. 457, n° 230.

(645) « La disposition spéciale que leur consacre le titre II […] implique que les juridictions de plusieurs États signataires pourront octroyer des mesures conservatoires : non seulement les tribunaux de l'État compétents au fond, mais aussi tout juge vers qui on se tournerait, vers qui le plaideur pourrait simplement se tourner selon la lettre de l'article 24. Or, si deux juges en Europe sont compétents pour statuer sur la condition juridique d'un bien, on voit mal comment l'un d'entre eux, au moins, ne devrait pas nécessairement prononcer un jugement à effet extraterritorial » (G. CUNIBERTI, *Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger*, *op. cit.*, p. 189, n° 244 ; *adde ibid.*, pp. 352 et 326, n° 439).

(646) M. LEBOIS et C. TUBEUF, « Règlement (CE) 44/2001 du 22 décembre 2000. La reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires — Cadre général », *op. cit.*, p. 389 ; *adde* R. PERROT, « L'inversion du contentieux (ou les prouesses de l'ordonnance sur requête) », in *Justice et droits fondamentaux, Études offertes à J. Normand*, Litec, 2003, pp. 387 et s., sp. p. 398, n° 13.

(647) Pour une position originale mettant en question la suppression de l'exequatur au regard des exigences du procès équitable consacrées à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, voy. E. GUINCHARD, « Procès équitable (article 6 CESDH) et droit international privé », in *International civil litigation in Europe and relations with Third States*, Bruylant, 2005, pp. 199 et s., sp. pp. 218 à 232, n^{os} 39 à 61.

DBL5151.book Page 355 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

Le droit international privé distingue classiquement la simple reconnaissance des jugements étrangers de leur autorisation d'exécution, également dénommée exequatur (648). La reconnaissance d'une décision se définit le plus souvent par opposition à son exécution concrète ; il s'agit de la simple insertion d'une norme dans l'ordre juridique requis, sans qu'il soit procédé à sa transposition dans les faits (649). Selon la théorie de l'extension des effets, dont on a démontré la consécration expresse par le règlement n° 44/2001 (650), le jugement étranger comportera dans l'État requis les mêmes effets que ceux qu'il produit dans l'État d'origine, sous la réserve que « les procédures d'exécution à diligenter sont celles qui existent dans l'État requis » (651).

(648) Cela ne signifie pas que la distinction soit parfaitement nette ; voy. ég. la discussion peu claire survenue en commission de la Justice du Sénat lors de l'examen du Code belge de droit international : « M. Zenner ne saisit pas quelle est au juste la distinction qu'il y a lieu de faire entre la reconnaissance de plein droit et la force exécutoire. Quels sont les effets de la reconnaissance, par exemple, d'une déclaration de faillite prononcée par une juridiction étrangère ? M. Hugo Vandenberghe souscrit à ces propos. Qu'entend-on exactement par la reconnaissance, la validité, l'effet de fait et la législation [n.d.a. : il faut lire « légalisation »] ? Le professeur Erauw renvoie à l'exposé des motifs. La distinction entre l'autorité de la chose jugée et la force de la chose jugée est très importante. Ces notions sont définies dans le Code judiciaire. Toute décision judiciaire doit être respectée (autorité) et peut dès lors, par exemple, faire obstacle à l'ouverture d'une autre procédure. La force de la chose jugée est la portée qui est donnée à une décision qui n'est plus susceptible d'appel. L'appréciation de plein droit [n.d.a. : il faut certainement lire « la reconnaissance de plein droit »] est une appréciation sur incident ; le juge doit pouvoir répondre à une question préjudicielle ou à une demande incidente et le faire lui-même. De ce fait, le juge spécialisé peut examiner l'affaire et les effets peuvent concerner notamment le statut (par exemple invalidation d'une faillite ou de la constitution d'une société). Dans ce cas, le juge s'en remet à la décision étrangère et en intègre les effets dans sa propre décision. Le juge peut aussi donner un autre effet à un jugement étranger, par exemple en considérant qu'il peut servir de base à une compensation de dette. L'exception de chose jugée est invoquée lorsqu'un juge consulaire est confronté à une demande sur laquelle une juridiction étrangère a statué (non bis in idem, il y a force de chose jugée). La demande ne peut alors pas être déclarée recevable, parce qu'elle se heurte à une exception de chose jugée. Le jugement étranger que le juge consulaire aura estimé admissible, après l'avoir examiné, sera intégré dans la motivation du jugement belge et constituera un élément conduisant à la chose jugée » (Rapport fait au nom de la commission de la Justice par Mme NYSSENS et M. WILLEMS, *Doc. parl.*, Sén., sess. 2003-2004, n° 3-27/7, p. 260 *op. cit.*, pp. 67 et 68).

(649) M. LEBOIS et C. TUBEUF, « Règlement (CE) 44/2001 du 22 décembre 2000. La reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires — Cadre général », *op. cit.*, p. 375, n° 3 ; *adde* P. WAUTELET, « Reconnaissance et exécution des décisions en Europe. L'exemple de la faillite internationale », *op. cit.*, pp. 432 et 433, n° 16, qui, à propos de la reconnaissance et de l'exécution, écrit : « Ces deux vocables désignent [...] communément tantôt le mode d'expression imposé — recours à une procédure intermédiaire de nationalisation ou extension automatique —, tantôt la nature de l'effet postulé par la décision étrangère — exception déduite de l'autorité de chose jugée ou autorisation de recourir à la contrainte ».

(650) M. LEBOIS et C. TUBEUF, « Règlement (CE) 44/2001 du 22 décembre 2000. La reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires — Cadre général », *op. cit.*, pp. 386 à 389, n° 22 ; voy. déjà G. CUNIBERTI, *Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger*, *op. cit.*, p. 363, n° 485.

(651) G. de LEVAL, J. MATRAY et F. GEORGES, « Le passage transfrontalier du titre exécutoire », in *L'efficacité de la justice civile en Europe*, *op. cit.*, p. 172, n° 16 ; pour une présentation des théories de l'extension et de l'adaptation des effets et une critique de la théorie cumulative, voy. G. CUNIBERTI, *Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger*, *op. cit.*, pp. 356 à 360, n^{os} 475 à 480.

DBL5151.book Page 356 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

L'exequatur reste, provisoirement, une étape nécessaire pour l'exécution mais ne se confond pas avec celle-ci ; « il ne fait qu'ouvrir la procédure d'exécution elle-même et ne constitue en quelque sorte que l'autorisation de procéder à l'exécution forcée. En aval de l'exequatur, on sort par conséquent du champ *de la Convention et le droit national retrouve sa souveraineté sur les modalités d'exécution* » (652).

Nous ne consacrerons pas de développements à la procédure d'exequatur en tant que telle (653), que le règlement n° 44/2001 a notablement simplifiée en la ravalant à un contrôle purement formel (654), sans préjudice des recours éventuels à son encontre. Bornons-nous à mettre en exergue l'article 46 du règlement de Bruxelles qui consacre la faculté du juge, saisi d'un recours contre la décision autorisant l'exécution, dans l'hypothèse où la décision rendue dans l'État d'origine fait elle-même l'objet d'un recours, d'une part, de surseoir à statuer et, d'autre part, de subordonner l'exécution à la constitution d'une garantie.

Nous examinerons ici plus particulièrement l'accueil de la mesure conservatoire transfrontière, qui reste globalement insatisfaisante, et les dispositions particulières du règlement qui favorisent l'octroi d'une mesure conservatoire dès lors qu'est en cours la procédure d'exequatur. Nous dirons enfin un mot du titre exécutoire et de l'injonction de payer européens.

253. L'impasse de l'accueil des mesures conservatoires. La reconnaissance des mesures conservatoires étrangères pose problème. Si le principe de cette reconnaissance a été expressément admis, c'est à la condition que les décisions qui les consacrent n'aient pas été « rendues sans que la partie contre laquelle elles sont dirigées ait été appelée à comparaître et destinées à être exécutées sans avoir été préalablement signifiées ». Tel est l'enseignement de l'arrêt *Denilauler* de la C.J.C.E. (655). Dès lors, en pratique, cela équivaut « à une exclusion totale de toute reconnaissance dans le cadre de la Convention » des

(652) C. TUBEUF, « L'efficacité internationale des décisions dans l'espace judiciaire européen », *R.D.C.*, 2001, pp. 603 et s., sp. p. 605, n° 3.3 ; G. de LEVAL, J. MATRAY et F. GEORGES, « Le passage transfrontalier du titre exécutoire », in *L'efficacité de la justice civile en Europe*, *op. cit.*, pp. 182, n° 23 ; P. MOREAU, « De l'exequatur et des causes de préférence », *Act. dr.*, 1995, pp. 395 et s., sp. p. 396 à 403.

(653) Sur ce point, voy. H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, *op. cit.*, pp. 353 et s., n^{os} 436 et s.

(654) Voy. G. de LEVAL, « L'évanescence de l'exequatur dans l'espace judiciaire européen », in *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, Giuffrè, 2005, pp. 431 et s.

(655) C.J.C.E., 21 mai 1980, *Denilauler*, n° 125/79, *Rec.*, 1980, pp. 1553 et s., *R.C.D.I.P.*, 1980, pp. 787 et s., avec note E. MEZGER ; voy. aussi le commentaire fait de cet arrêt par A. HUET, *J.D.I.*, 1980, pp. 939 et s.

DBL5151.book Page 357 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

décisions autorisant une saisie conservatoire (656). Pusillanimité ou sagesse, la position de la Cour de justice favorise en tout cas et sans conteste le débiteur au détriment du créancier, alors que les mesures sur requête étaient largement connues de tous les systèmes judiciaires parties à la Convention de Bruxelles et qu'il pouvait raisonnablement être soutenu qu'elles tombaient sous l'empire de cette dernière (657).

Au regard de cette interprétation, deux cas de figures doivent être distingués. En premier lieu, en raison de la condition de territorialité exigée pour fonder la compétence au titre de l'article 31 du règlement de Bruxelles, l'efficacité de la mesure obtenue ne nécessitera que rarement la circulation du jugement (658). La difficulté de l'exportation est ainsi contournée par l'obtention de la décision dans le pays du lieu de son exécution. Au contraire, si la mesure est obtenue du juge compétent au fond, le risque est plus grand que l'exécution doive être conduite dans un autre for. Si cette mesure a été obtenue *ex parte*, la jurisprudence *Denilauler* sera applicable. *A contrario*, comme l'illustre un récent arrêt de la Cour de cassation de France, déjà cité, il n'existe aucune objection de principe à reconnaître et exécuter sur le territoire français une ordonnance anglaise de type *Mareva*, désormais dénommée *freezing injunction* (659). Il s'agit en effet d'une mesure obtenue de façon contradictoire. À juste titre, l'annotateur de cette décision soutient que la solution s'impose, que la mesure soit *in personam* comme en l'espèce ou *in rem*, comme c'était d'ailleurs le cas dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *Denilauler* de la Cour de justice (660).

On se doit également de mentionner l'arrêt *Mietz* (661), qui impose au juge requis d'exequaturer une décision fondée par la juridiction d'origine sur l'article 31 du règlement Bruxelles I un contrôle particulier sur la compétence invoquée. L'arrêt suscite des interprétations divergentes (662). Selon E. Guinchard, « le juge requis doit vérifier que la mesure ordonnée est bien une mesure provisoire au sens de l'article 24, ce incluant les limites tenant à la compétence territoriale posées dans *Van Uden* […], l'inclusion visant à éviter le reproche de violation du principe

(656) Ph. THÉRY, *Voies d'exécution*, *op. cit.*, pp. 4 et 5, n° 26 ; G. CUNIBERTI, *Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger*, *op. cit.*, p. 191, n° 246 ; l'auteur critique les arguments qui ont justifié la solution consacrée par l'arrêt *Denilauler*.

(657) Voy. les critiques de A. HUET, J.D.I., 1980, pp. 942 à 948.

(658) On pense au cas de déplacement du bien à appréhender, déjà évoqué par M. van Drooghenbroeck (voy. *supra*, n° 249).

(659) Cass. fr. (1re civ.), 30 juin 2004, *Droit et procédures*, 2004, n° 6, pp. 346 et s., avec obs. G. CUNIBERTI.

(660) Nonobstant cet accueil, nous avons antérieurement exprimé nos doutes sur les conséquences concrètes de ce dernier (voy. *supra*, nos 226 et 227).

(661) C.J.C.E., 27 avr. 1999, C-99/96, *Rec.*, p. I-2277.

(662) Y. MOTTARD, P.-E. PARTSCH, M. PITIE et M. STRUYS, « Chronique semestrielle de droit communautaire », *J.T.*, 2000, pp. 173 et s., sp. p. 183.

DBL5151.book Page 358 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

de non-contrôle, sauf exceptions limitativement énumérées […] de la compétence du juge d'origine » (663). L'auteur ajoute, naturellement, qu'eu égard à la teneur actuelle de l'exequatur dans le règlement Bruxelles I, un tel contrôle ne s'opérera le cas échéant que sur recours de la partie contre laquelle l'exequatur a été accordé (664).

254. Conséquence de la jurisprudence Denilauler. Étant écartée du système du règlement européen, l'éventuelle reconnaissance sera tributaire de l'application soit de traités bilatéraux, soit du droit international privé de droit commun de l'État requis (665). Comme on le verra, la Belgique fait montre d'une grande ouverture vis-à-vis des décisions d'origine non européenne. Il reste qu'un jugement rendu sur procédure unilatérale ordonnant la saisie d'un compte bancaire en Belgique n'a guère de chance d'y être reconnu et exécuté : les conditions prévues à l'article 25, § 1er, 2°, 3° et 7°, du Code de droit international privé nous paraissent constituer autant d'obstacles à pareilles reconnaissance et exécution (666), à moins que les tribunaux belges ne fassent leur l'accueil des mesures conservatoires ordonnées à l'étranger prôné par M. Cuniberti.

255. Appréciation. Qu'on l'approuve ou le déplore, l'enseignement déduit de l'arrêt *Denilauler* participe du droit positif. On relève néanmoins, en doctrine, des tentatives promouvant l'essor extraterritorial des mesures conservatoires. Des auteurs préconisent en effet une lecture constructive du contradictoire imposé par l'arrêt *Denilauler*. D'autres constatent que la matière des procédures collectives réserverait un traitement bien plus favorable aux droits des créanciers. Examinons ces positions.

(663) E. GUINCHARD, « Les procédures civiles d'exécution en droit international privé », *op. cit.*, nos 1711.101 ; comp. les propos de M. Born : « L'arrêt *Mietz*, si on perçoit bien toutes les nuances du système […], interdit au juge requis d'examiner si la mesure adjugée demeure dans les limites de la définition des mesures provisoires au sens de l'article 24 pour autant que le juge d'origine ait expressément justifié sa compétence au fond ou celle des tribunaux de l'État contractant dont il relève, ou qu'elle ressorte manifestement des termes mêmes de sa décision […] En revanche, s'agissant d'une décision rendue expressément en vertu de l'article 24 ou muette sur le fondement de la compétence exercée […], le juge requis devra absolument vérifier si la mesure accordée répond bien à la notion de mesures provisoires au sens de l'article 24, à défaut de quoi il devra refuser purement et simplement l'exequatur sollicité » (H. BORN, M. FALLON, et J.-L. VAN BOXSTAEL, *Droit judiciaire international — Chronique de jurisprudence 1991-1998*, *op. cit.*, pp. 452 et 453, n° 228).

(664) E. GUINCHARD, « Les procédures civiles d'exécution en droit international privé », *op. cit.*, n° 1711.102.

(665) P. GOTHOT et D. HOLLEAUX, *La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 — Compétence judiciaire et effets des jugements dans la CEE*, Jupiter, 1985, p. 137, n° 241 ; G. CUNIBERTI, *Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger*, *op. cit.*, p. 364, n° 485 ; *adde* B. HESS, « Study No. JAI/A3/2002/02 on making more efficient the enforcement of judicial decisions within the European Union : Transparency of a Debtor's Assets — Attachment of Bank Accounts — Provisional Enforcement and Protective Measures », *op. cit.*, p. 86.

(666) Pour une autre illustration du conflit entre le respect des droits de défense et l'efficacité de la justice, voy., entre autres, R. RASIR et I. LEBBE, « L'Europe judiciaire entre l'efficacité et le droit de défense », *J.T.*, 1995, pp. 417 et s.

DBL5151.book Page 359 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

256. Les ressources limitées du contradictoire différé. Selon M. Cuniberti, « pour les juges de Luxembourg, ce n'est pas tant l'audience contradictoire que la signification de la décision qui importe. Cette signification ouvre nécessairement une possibilité de débat contradictoire, puisque le défendeur, prévenu, *peut* saisir le juge et contester la décision ; mais la comparution elle-même n'est pas nécessaire. En revanche, l'opportunité de comparaître doit être donnée avant la reconnaissance, et donc avant que la mesure ne prenne effet à l'étranger » (667). Si nous comprenons bien cet auteur, une simple signification au débiteur de la décision obtenue unilatéralement, préalable à toute tentative d'exportation, permet de ramener reconnaissance et déclaration d'exécution dans le giron du règlement n° 44-2001.

M. de Leval adopte un point de vue comparable. Constatant que l'ostracisme ne frappe que « les mesures provisoires ou conservatoires ordonnées ou autorisées par un juge sans que la partie contre laquelle elles sont dirigées ait été appelée à comparaître et qui sont destinées à être exécutées sans avoir été préalablement signifiées à cette partie », il estime qu'à partir du moment où le contradictoire a pu s'exercer « en différé », la jurisprudence *Denilauler* n'est pas applicable (668). Partant, l'efficacité internationale de la décision jouira du titre III du règlement n° 44/2001.

La parade proposée par ces deux auteurs est judicieuse, mais paraît promise à un succès inégal selon les mesures en jeu. Ainsi, l'institution à propos de laquelle M. de Leval prône l'écartement de la jurisprudence *Denilauler* est l'injonction de payer, qui retient d'ailleurs actuellement l'attention des autorités européennes (669). Une telle procédure, qui recourt à l'inversion du contentieux, emporte condamnation à payer une somme d'argent ; il s'agit là d'un dispositif neutre propice à l'exercice d'un contradictoire différé, sans que celui-ci ne mine la mesure obtenue (670). Tel n'est pas le cas de l'autorisation de procéder à une saisie sur tel bien. Si une signification s'impose comme condition *sine qua non* de toute exportation de la mesure, l'autorisation ou la condamna-

(667) G. CUNIBERTI, *Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger*, *op. cit.*, p. 193, n° 248.

(668) G. de LEVAL, « Les ressources de l'inversion du contentieux », *op. cit.*, pp. 93 et 94, note n° 14.

(669) Voy. *infra*, n° 260.

(670) La virtualité à l'exportation d'une décision rendue sur requête unilatérale peut être remise en cause de façon plus fondamentale ; ainsi, en France, la doctrine dénie toute autorité de chose jugée aux ordonnances prononcées sur requête unilatérale, que celles-ci s'inscrivent dans une procédure d'injonction de payer ou qu'elles tendent à obtenir une saisie conservatoire ; cette opinion a encore été rappelée récemment par M. Perrot (R. PERROT, « L'inversion du contentieux (ou les prouesses de l'ordonnance sur requête) », *op. cit.*, pp. 392 à 393, n° 9) ; *adde* M. SÉNÉCHAL, *L'effet réel de la procédure collective : essai sur la saisie collective du gage commun des créanciers*, *op. cit.*, pp. 263 et 264, n° 258.

DBL5151.book Page 360 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

tion devra être libellée de façon suffisamment générale, sous peine de voir le compte bancaire en ligne de mire vidé de son solde. Or, les normes nationales divergent quant au degré de précision du libellé de l'objet à saisir. Faut-il ou non indiquer l'établissement de crédit apériteur du compte, voire le numéro de ce dernier ? Il est à craindre qu'en cas de réponse positive, les fonds auront disparu au moment de la saisie.

257. La comparaison avec les procédures collectives. Le règlement n° 1346/2000 du Conseil relatif aux procédures d'insolvabilité consacre-t-il pleinement l'effet transnational des mesures conservatoires et provisoires ? À lire une partie de la doctrine, l'instrument ne pourrait s'en passer (671). Constatant qu'il n'y existe pas de disposition similaire à l'article 47 du règlement 44/2000, qui permet, comme nous le verrons, que des mesures conservatoires soient prises lors de la phase d'exportation du jugement d'origine, Mme Vandekerckhove relève que pareille prévision n'était tout simplement pas utile ; en matière de faillite, le jugement déclaratif et ceux qui suivront seront automatiquement et immédiatement reconnus et par conséquent exécutés (672).

Un autre auteur, plus nuancé, constate que « la question de l'effet extraterritorial des décisions en matière de faillite se pose en réalité de façon *naturelle*, les prétentions extraterritoriales de ces décisions étant intimement liées à la nature même de la procédure de faillite […] On pourrait dire qu'il n'est pas un autre domaine que la faillite où l'influence du droit interne sur les solutions de droit international privé est plus forte » (673). Dans la suite de ses développements, M. Wautelet écrit que « pour faire droit à l'ambition d'une faillite européenne, le règlement élargit […] de façon considérable le domaine de la reconnaissance de plein droit, au détriment de l'exequatur, dont la lenteur est incompatible avec les exigences pratiques de la gestion de l'insolvabilité.

(671) « Anders dan in de EEX-Vo en EEX-II, waar de opportuniteit van extraterritoriale maatregelen moet worden afgewogen tegen het eventueel misbruik dat van de bevoegdheid inzake voorlopige of bewarende maatregelen kan worden gemaakt, zijn extraterritoriale maatregelen in het kader van grensoverschrijdende insolventieprocedures onontbeerlijk » (K. VANDEKERCKHOVE, « Voorlopige of bewarende maatregelen in de EEX-Verordening, in EEX-II en in de Insolventieverordening », *op. cit.*, p. 142, n° 63).

(672) K. VANDEKERCKHOVE, « Voorlopige of bewarende maatregelen in de EEX-Verordening, in EEX-II en in de Insolventieverordening », *op. cit.*, p. 141, n° 58.

(673) P. WAUTELET, « Reconnaissance et exécution des décisions en Europe. L'exemple de la faillite internationale », in *Le droit processuel et judiciaire européen*, La Charte, 2003, pp. 419 et s., sp. n° 1 et note n° 2 ; conscient d'ailleurs de ce régime de faveur obtenu par la nécessité des choses, l'auteur conclut son étude en ces termes : « Cette prétention quasi-naturelle de la faillite à l'extraterritorialité ne justifie pas pour autant un quelconque régime de faveur. L'extraterritorialité à moindre frais ne peut pas constituer le privilège d'une catégorie particulière de décisions judiciaires. Elle doit au contraire bénéficier à l'ensemble des décisions, toutes matières confondues. Puissent dès lors les progrès considérables enregistrés avec la faillite européenne — et en particulier le domaine limité assigné à la procédure d'exequatur — servir d'exemple et d'inspiration pour les autres chantiers de l'espace judiciaire européen » (*ibid.*, pp. 449 et 450, n° 34).

DBL5151.book Page 361 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

Il s'impose dès lors d'abandonner la ligne de division classique entre reconnaissance et exécution, à tel point qu'il serait sans doute préférable d'imaginer un nouveau vocabulaire pour désigner les deux modes d'extension des effets d'une faillite nationale : l'extension immédiate, d'une part, et l'extension conditionnée, d'autre part » (674). En guise d'illustration, on peut ainsi écrire que la reconnaissance d'une décision étrangère prononçant une procédure collective suffit pour obtenir la mainlevée d'une saisie en Belgique, mais l'exequatur sera nécessaire pour poser un acte d'exécution en Belgique (675).

Il est donc pénible pour un créancier procédant à une mesure individuelle de constater que la mesure conservatoire qu'il a obtenue dans un État ne s'exporte que très difficilement dans d'autres États, alors qu'une procédure collective, par définition attentatoire aux poursuites individuelles, sera pleinement reconnue en application du règlement 1346/2000 (676). M. Hess peut légitimement parler à cet égard d'un véritable archaïsme (677). Faut-il néanmoins accepter aisément que dans le droit international privé de la faillite plus que dans tout autre, les frontières entre reconnaissance et exécution paraissent bien évanescentes et que ce constat doit être étendu aux autres branches du droit ? Nous n'en sommes pas convaincu.

Le règlement distingue en effet nettement entre la *reconnaissance* des décisions, qu'elles ouvrent la procédure d'insolvabilité (articles 16 et 17) ou qu'elles s'inscrivent dans le déroulement ou la clôture de cette dernière (article 25), de leur *exécution*. En ce qui concerne celle-ci, le règlement dispose que les « décisions sont exécutées conformément aux articles 31 à 51 (à l'exception de l'article 34, paragraphe 2) de la convention de Bruxelles concernant la compétence judiciaire et l'exécution des

(674) P. WAUTELET, « Reconnaissance et exécution des décisions en Europe. L'exemple de la faillite internationale », *op. cit.*, p. 433, n° 17.

(675) P. WAUTELET, « Reconnaissance et exécution des décisions en Europe. L'exemple de la faillite internationale », *op. cit.*, p. 426, n° 6.

(676) « Yet, territoriality is not an absolute paradigm […] A striking example is insolvency matters, where territoriality lost its significance during recent decades and has been replaced by the principle of « universality ». According to the concept of « universality » bankruptcy orders are recognised (and enforced) in other states, the administrator is empowered to collect the debtor's assets located abroad and the debtor must disclose the whereabouts of his assets wherever they are located. As the objection and the structures of insolvency and enforcement proceedings are very similar, it seems (at least in principle) conceivable that the territoriality paradigm in enforcement matters would be replaced by closer cooperation between the national organs responsible for enforcement proceedings » (B. HESS, « Study No. JAI/A3/2002/02 on making more efficient the enforcement of judicial decisions within the European Union : Transparency of a Debtor's Assets — Attachment of Bank Accounts — Provisional Enforcement and Protective Measures », *op. cit.*, p. 11).

(677) B. HESS, « La procédure d'arrest (saisie des comptes bancaires) en droit allemand », *op. cit.*, p. 247, note n° 125 : « Le droit international des voies d'exécution apparaît véritablement archaïque : tandis que les procédures d'insolvabilité transfrontalières (c'est à dire l'accès global à l'ensemble du patrimoine du débiteur) font déjà l'objet de réglementations communautaires, l'accès partiel (individuel) du créancier sur le patrimoine du débiteur en reste jusque là exclu ».

DBL5151.book Page 362 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

décisions en matière civile et commerciale, modifiée par les conventions relatives à l'adhésion à cette convention » (article 25, 1, alinéa 1er, du règlement relatif aux procédures d'insolvabilité). Il convient naturellement de se référer désormais le plus souvent au règlement n° 44/2001 du 22 décembre 2000, mais pour facilité qu'il soit, l'exequatur reste bien nécessaire à la concrétisation dans les faits de tout ordre judiciaire qui n'est pas purement intellectuel. Le créancier soucieux d'assurer une traduction concrète au titre dont il entend se prévaloir dans un autre État membre devra donc se borner à se prévaloir des faveurs du règlement Bruxelles I et d'autres instruments qu'il convient d'examiner maintenant.

258. L'exécution en marche : l'article 47 du règlement Bruxelles I. Dans la perspective de préparer au mieux l'importation du titre dans l'État membre requis, l'article 47 du règlement 44/2001 s'inspire, tout en le complétant, de l'article 39 de la Convention de Bruxelles. Bien que cet article, dont la rédaction aurait pu être mieux inspirée (678), se structure en trois parties, il nous paraît plus clair de le commenter en deux temps, en distinguant l'article 47.1 du reste de l'article.

La substance de l'article 47.1 n'existait pas dans la Convention de Bruxelles : « Lorsqu'une décision doit être reconnue en application du présent règlement, rien n'empêche le requérant de demander qu'il soit procédé à des mesures provisoires, ou conservatoires, prévues par la loi de l'État membre requis, sans qu'il soit nécessaire que cette décision soit déclarée exécutoire au sens de l'article 41 ». Ni l'exequatur ni même le dépôt d'une requête à cette fin ne constituent un préalable nécessaire à la sollicitation dans l'État d'exportation de mesures provisoires ou conservatoires. Ces dernières ne participent pas de l'exécution, laquelle doit se concevoir strictement. Dans le cas de la saisie des avoirs bancaires, dont la simple indisponibilité est déjà très désagréablement ressentie, cette précision ne passera pas inaperçue, d'autant que le caractère exécutoire de la décision dans son pays d'origine n'est pas requis (679). Une telle disposition ouvre d'heureuses perspectives pour l'efficacité du droit européen du recouvrement (680).

(678) Chr. HUGON et B. MENUT, « Les enjeux européens du recouvrement de créances », *Droit et procédures*, 2005, pp. 69 et s., sp. p. 74, n° 27 ; Mme Vandekerckhove parle de bricolage à propos de cet article 47 (K. VANDEKERCKHOVE, « Voorlopige of bewarende maatregelen in de EEX-Verordening, in EEX-II en in de Insolventieverordening », *op. cit.*, p. 120, n° 3) ; *adde* H. STORME, « Intermediaire stadia in grensoverschrijdende tenuitvoerlegging binnen Europa reduceren en wegwerken », *op. cit.*, pp. 506 à 512.

(679) H. STORME, « Intermediaire stadia in grensoverschrijdende tenuitvoerlegging binnen Europa reduceren en wegwerken », *op. cit.*, pp. 506 et 507.

(680) « Les mesures provisoires et conservatoires seront donc possibles aussi si le recours est intenté contre une décision ayant refusé l'exequatur ; cette solution est satisfaisante car il peut se faire que de telles mesures s'imposent pour garantir une éventuelle exécution au cas où ce recours serait couronné de succès » (H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, *op. cit.*, p. 377, n° 459).

DBL5151.book Page 363 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

De façon malencontreuse néanmoins, l'article 47.1 soulève des difficultés et non des moindres (681). À la lecture de cette disposition, on peut raisonnablement estimer qu'elle dispense le créancier de toute action en justice dans le pays requis. Mais la suite de l'article paraît démentir cette interprétation (682), ce qui permet de douter en droit belge, sinon dans le système européen lui-même (683), de l'utilité de cet article 47.1. Le postulat de rationalité imposant de lire ce texte de façon à lui donner un sens, il nous paraît au contraire qu'une intervention du juge n'est pas nécessaire, à moins que le droit interne du pays d'accueil n'impose ce détour, comme il ferait pour une décision émanant de ses propres juridictions (684). Reste par contre controversée la question si la condition de célérité est exigée (685).

Aux termes de l'article 47.2 du règlement, la déclaration constatant la force exécutoire emporte l'autorisation de procéder à des mesures conservatoires. Il s'agit de la reproduction de l'article 39, alinéa 2, de la Convention de Bruxelles. On pourrait *a priori* s'interroger en quoi est-il opportun de procéder à des mesures conservatoires lorsqu'on dispose d'un titre exécutoire. En réalité, cette faculté peut s'avérer très utile pour anticiper un éventuel recours contre la décision d'exequatur, suspensif de l'exécution, en application de l'article 47.3. Selon cette disposition, en effet, « pendant le délai du recours prévu à l'article 43, paragraphe 5, contre la déclaration constatant la force exécutoire et jusqu'à ce qu'il ait été statué sur celui-ci, il ne peut être procédé qu'à des mesures conservatoires sur les biens de la partie contre laquelle l'exécution est demandée ». Tant l'exercice du recours contre la décision ordonnant l'exequatur que le délai accordé pour celui-ci sont suspensifs de toute mesure d'exécution. Seule une mesure conservatoire est envisagea-

(681) H. STORME, « Intermediaire stadia in grensoverschrijdende tenuitvoerlegging binnen Europa reduceren en wegwerken », *op. cit.*, pp. 506 à 509.

(682) En ce sens : K. VANDEKERCKHOVE, « Voorlopige of bewarende maatregelen in de EEX-Verordening, in EEX-II en in de Insolventieverordening », *op. cit.*, p. 127, n° 21 : « Omdat er nog geen verlof tot tenuitvoerlegging is in de aangezochte Staat, is alsnog een tussenkomst van de rechter daar vereist, die zowel voorlopige als bewarende maatregelen kan bevelen ».

(683) K. VANDEKERCKHOVE, « Voorlopige of bewarende maatregelen in de EEX-Verordening, in EEX-II en in de Insolventieverordening », *op. cit.*, pp. 127 et 128, n° 22, qui pose la question si l'article 31 ne suffisait pas à rencontrer les objectifs de l'article 47.1.

(684) « Ce texte [a] été interprété par les commentateurs, au nom de l'effet utile, comme valant dispense d'autorisation » (E. GUINCHARD, « Les procédures civiles d'exécution en droit international privé », *op. cit.*, n° 1711., n° 1711.111) ; *adde* G. CUNIBERTI, « La mesure conservatoire pratiquée sur le fondement d'un jugement étranger : un nouveau défi pour l'huissier de justice », *Droit et procédures*, 2004, n° 4, pp. 190 et s., sp. p. 192, n^{os} 12 à 17, qui prône également une lecture constructive de l'article 47.1.

(685) H. STORME, « Intermediaire stadia in grensoverschrijdende tenuitvoerlegging binnen Europa reduceren en wegwerken », *op. cit.*, p. 509, estime que l'écartement de la condition de célérité ne peut être admis et conclut que la valeur ajoutée offerte par l'article 47.1 est réduite sur le plan pratique.

DBL5151.book Page 364 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

ble à ce moment (686). Le recours à l'article 47.2 n'est aucunement tributaire de l'intervention du juge des saisies (687). Aucune condition de célérité n'est de plus ici exigée (688).

259. Suppression pure et simple de l'exequatur : le titre exécutoire européen. Issu d'une longue réflexion doctrinale (689), le règlement n° 805/2004 du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées, entré en vigueur le 21 janvier 2005, est d'application depuis le 21 octobre 2005 (690). Essentiellement, il ne s'agit pas d'instituer une « procédure uniforme mais des normes minimales qui permettent d'aboutir à la création d'un titre transfrontalier lorsque ces dernières sont respectées par les tribunaux de chaque État membre » (691). L'article premier du règlement en décrit l'objet : il s'agit de « créer un titre exécutoire européen pour les créances incontestées en vue, grâce à l'établissement de normes minimales, d'assurer la libre circulation des décisions, des transactions judiciaires et des actes authentiques dans tous les États membres, sans qu'il soit nécessaire de recourir à une procédure intermédiaire dans l'État membre d'exécution

(686) Mme Vandekerckhove souligne que cette limitation voulue par les auteurs de la Convention de Bruxelles trouve sa justification dans les pays qui, à l'instar de la Belgique, permettent l'exécution sans recours supplémentaire au juge lorsqu'une décision exécutoire a été prononcée (K. VANDEKERCKHOVE, « Voorlopige of bewarende maatregelen in de EEX-Verordening, in EEX-II en in de Insolventieverordening », *op. cit.*, p. 126, n° 19) ; ce n'est pas le cas de tous les pays de l'Union européenne ; ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme a connu d'affaires révélant que le droit italien ne permettait l'exécution d'un jugement qu'avec l'accord du juge et selon les modalités qu'il fixe (voy. 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., sp. p. 476, n° 3).

(687) G. CUNIBERTI, « La mesure conservatoire pratiquée sur le fondement d'un jugement étranger : un nouveau défi pour l'huissier de justice », *op. cit.*, sp. p. 191, n° 9.

(688) R. DUJARDIN, « L'effet de titre », 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. 407 et s., sp. p. 417.

(689) Voy. J. ISNARD, et D. HECTOR, « Les deux visages de l'esquisse d'un droit de l'exécution dans l'union européenne : l'exequatur simplifié et le titre exécutoire européen », *Droit et procédures*, 2001, n° 1, pp. 11 et s. et J. NORMAND, « Le titre exécutoire européen », *Droit et procédures*, 2002, n° 6, pp. 331 et s.

(690) Règlement (CE) n° 805/2004 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées, *J.O.U.E.*, L 143, 30 avr. 2004, pp. 15 et s. ; on consultera utilement la circulaire du 22 juin 2005 de Madame le Ministre de la Justice relative à ce règlement (*M.B.* 28 oct. 2005, err. *M.B.* 18 nov. 2005) ; pour un examen exhaustif de cet instrument, voy. J.-Fr. van DROOGHENBROECK et S. BRIJS, « Un titre exécutoire européen », Larcier, *Dossiers du Journal des Tribunaux*, 2006, sous presse ; pour une présentation du règlement, voy. K. PITEUS, « Europese executoriale titel », *N.J.W.*, 2005, pp. 512 et s. ; P. de Vareilles-Sommières relève que par ce texte, « les principes fondamentaux de procédure ne jouent plus un rôle d'obstacle à l'efficacité de la décision mais de vecteur de cette efficacité » (P. de VAREILLES-SOMMIERES, « L'articulation du droit international privé et de la procédure », in *Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen ?*, Dalloz, 2004, pp. 91 et s., sp. pp. 103) ; l'auteur, et d'autres à sa suite, expriment par contre leur réserve quant à la question si ces garanties en amont sont suffisantes ; *adde*, sur ce point, G. TARZIA, « Rapidité, sécurité, efficacité dans l'exécution transfrontalière en Europe », in *L'aménagement du droit de l'exécution dans l'espace communautaire — Bientôt les premiers instruments*, Éditions juridiques et techniques, Collection Passerelle, 2003, pp. 79 et s., sp. pp. 85 à 89.

(691) J.-P. CORREA DELCASSO, « La proposition de règlement instituant une procédure européenne d'injonction de payer », *R.I.D.C.*, 2005, pp. 143 et s., sp. p. 147.

DBL5151.book Page 365 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

préalablement à la reconnaissance et à l'exécution ». La suppression de tout contrôle au sein de l'espace européen suppose naturellement la crédibilité de chacun des systèmes nationaux qui le composent. Cela explique l'exigence de normes minimales satisfaisant aux exigences du procès équitable tel qu'il est voulu par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (692).

Selon le cinquième considérant du règlement, la notion de créances incontestées recouvre toutes les situations dans lesquelles un créancier, en l'absence établie de toute contestation du débiteur quant à la nature et au montant d'une créance pécuniaire, a obtenu soit une décision judiciaire contre ce débiteur soit un acte exécutoire nécessitant une acceptation expresse du débiteur, qu'il s'agisse d'une transaction judiciaire ou d'un acte authentique. Au regard de la relativité de la notion de créance incontestée (693), l'article 3.1 énonce les quatre cas où une créance est réputée telle. L'article 6 pose les conditions à la certification, par la juridiction d'origine, de sa décision en tant que titre exécutoire. La délivrance du certificat est régie par l'article 9 ; des formulaires-types sont annexés audit règlement, dans l'heureuse perspective d'assurer l'uniformité des pratiques. Les articles 12 à 19, regroupés dans un chapitre III, établissent les normes minimales auxquelles doivent répondre les procédures relatives aux créances incontestées.

Confirmant le principe de territorialité de l'exécution, l'article 20 dispose que les procédures d'exécution sont régies par la loi de l'État membre où celle-ci intervient et qu'une décision certifiée en tant que titre exécutoire européen est exécutée dans les mêmes conditions qu'une décision rendue dans cet État. De plus, aucune caution ni aucun dépôt, sous quelque dénomination que ce soit, ne peuvent être imposés en raison, soit de la qualité de ressortissant d'un État tiers, soit du défaut de domicile ou de résidence dans l'État membre d'exécution, à la partie qui demande l'exécution dans un État membre d'une décision certifiée en tant que titre exécutoire européen dans un autre État membre. En dehors de l'hypothèse du refus d'exécution pour incompatibilité de la décision certifiée comme titre exécutoire avec une décision antérieure remplissant certaines conditions (article 21), l'exécution peut être limitée ou suspendue dans certains cas limitativement visés à l'article 23 du règlement (694).

(692) Voy. N. FRICERO, « La libre exécution des jugements dans l'espace judiciaire européen : un principe émergent ? », in *Justice et droits fondamentaux, Études offertes à J. Normand*, Litec, 2003, pp. 173 et s.

(693) Sur la relativité de la notion de créance incontestée, voy. K. D. KERAMEUS, « Conclusions », in *La procédure sommaire d'injonction de payer et l'espace européen*, *Act. dr.*, 2003, pp. 505 et s., sp. p. 506.

(694) Aux termes de l'article 23, intitulé « Suspension ou limitation de l'exécution », lorsque le débiteur a soit formé un recours à l'encontre d'une décision certifiée en tant que titre exécutoire européen, y compris une demande de réexamen au sens de l'article 19, soit demandé la rectification ou le retrait d'un certificat de titre exécutoire européen conformément à l'article 10, la juridiction ou l'autorité compétente dans l'État membre d'exécution peut, à la demande du débiteur, soit limiter la procédure d'exécution à des mesures conservatoires, soit subordonner l'exécution à la constitution d'une sûreté qu'elle détermine, soit, dans des circonstances exceptionnelles, suspendre la procédure d'exécution.

DBL5151.book Page 366 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

260. De lege ferenda : procédures européennes d'injonction de payer et relative aux demandes de faible importance. Il nous paraît utile de mentionner ici deux récentes initiatives présentées par la Commission européenne dans sa poursuite de la mise en œuvre de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. La première est une proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil instituant une procédure européenne d'injonction de payer (695). Fondée sur le mécanisme de l'inversion du contentieux (696), l'utilisation de cette injonction ne sera limitée ni par le montant de la réclamation ni par le caractère purement domestique du litige (697). Particularité de l'instrument proposé, peut-être destiné à devenir le trait caractéristique des futures initiatives, la procédure européenne d'injonction de payer n'entend « ni remplacer ni harmoniser les mécanismes de recouvrement de créances incontestées existant en droit interne » (considérant n° 8 du projet de règlement). L'idée sous-jacente est de laisser au créancier le loisir de déterminer laquelle des procédures à sa disposition est la plus efficace à ses yeux (698).

(695) Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil instituant une procédure européenne d'injonction de payer, COM(2004)173 ; sur cette proposition, voy. F. FERRAND, « La future injonction de payer européenne », *Droit et procédures*, 2004, n° 6, pp. 319 et s., ainsi que l'analyse assez critique de J.-P. CORREA DELCASSO, « La proposition de règlement instituant une procédure européenne d'injonction de payer », *op. cit.*, sp. pp. 148 à 170.

(696) Sur ce mécanisme, voy. J.-P. CORREA DELCASSO, « Contentieux social et technique de l'inversion du contentieux », in *Espace judiciaire et social européen*, Larcier, 2003, pp. 555 et s. ; A. HENKES, « De l'inversion du contentieux en droit social belge », *eod. loc.*, pp. 567 et s. ; G. de LEVAL, « Les ressources de l'inversion du contentieux », in *L'efficacité de la justice civile en Europe*, Larcier, 2000, pp. 83 et s. ; du même auteur, « Introduction générale », in *La procédure sommaire d'injonction de payer et l'espace européen*, *Act. dr.*, 2003, pp. 399 et s. ; voy également, dans ce volume, le Livre vert sur une procédure européenne d'injonction de payer et sur des mesures visant à simplifier et à accélérer le règlement des litiges portant sur des montants de faible importance, qui a inspiré la rédaction de la proposition de règlement précitée, ainsi que les réponses belges à ce livre vert (resp. pp. 409 et s. et pp. 472 et s.) ; en droit français, voy. R. PERROT, « L'inversion du contentieux (ou les prouesses de l'ordonnance sure requête) », in *Justice et droits fondamentaux, Études offertes à J. Normand*, Litec, 2003, pp. 387 et s.

(697) COM (2004) 173 final/3 ; on lit ainsi dans l'exposé des motifs de cette proposition de règlement : « La nécessité d'une procédure européenne uniforme de recouvrement des créances non contestées est particulièrement manifeste dans le cas des litiges transfrontaliers. La Commission est toutefois d'avis qu'il serait non seulement inadéquat, mais aussi contre-productif, de limiter le champ d'application de cette procédure aux seules affaires transfrontalières [...] Enfin, conformément à la grande majorité des commentaires suscités par le Livre vert, la présente proposition ne plafonne pas le montant pouvant être réclamé dans le cadre de la procédure d'injonction de payer, puisque la nature contestée ou incontestée d'une créance ne semble pas avoir avec la valeur de la créance en cause un lien obligeant à limiter l'accessibilité de la procédure au recouvrement de montants inférieurs à un certain seuil. Si, comme certains l'affirment, la probabilité de procédures contentieuses augmente avec la valeur de la demande, le plafonnement ne se justifie pas, car c'est au créancier qu'il appartient d'apprécier si la probabilité de l'absence d'opposition est suffisamment élevée pour que le recours à la procédure d'injonction de payer en vaille la peine, faute de quoi, il engagera directement la procédure ordinaire » (pp. 7 et 10).

(698) À cet égard et malheureusement, des doutes sont permis quant à l'efficacité de l'instrument ; voy. l'étude déjà citée de J.-P. CORREA DELCASSO, « La proposition de règlement instituant une procédure européenne d'injonction de payer » ; selon l'auteur, la plus importante des erreurs que recèle en l'état le projet de règlement réside en ce qu'il réserve au débiteur une deuxième et même une troisième chance de contester la créance (J.-P. CORREA DELCASSO, « La proposition de règlement instituant une procédure européenne d'injonction de payer », *op. cit.*, sp. pp. 160 à 163).

DBL5151.book Page 367 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

Il importe également de mentionner la proposition de règlement instituant une procédure européenne pour les demandes de faible importance, présentée par la Commission européenne le 15 mars 2005 (699). Le projet entend s'appliquer aux demandes, pécuniaires ou non, dont le montant ne dépasse pas 2 000 euros au moment de l'engagement de la procédure. L'instrument s'applique également aux affaires purement internes et revêt un caractère facultatif, venant s'ajouter aux procédures prévues par chacun des États membres. Aux termes de l'article 18 de cette proposition, une décision rendue dans un État membre dans le cadre d'une procédure européenne pour les demandes de faible importance est reconnue et exécutoire dans un autre État membre sans qu'une déclaration constatant la force exécutoire soit nécessaire et sans qu'il soit possible de s'opposer à sa reconnaissance si la décision a été certifiée par la juridiction de l'État membre d'origine au moyen du formulaire prévu dans le règlement.

Nous n'en dirons pas plus, eu égard au fait qu'il ne s'agit encore que de propositions. Sans passer sous silence les critiques, techniques ou stratégiques, dont elles peuvent faire l'objet, elles participent incontestablement d'un mouvement tendant à l'abolition des frontières internes de l'Union du point de vue judiciaire (700), ce dont on ne peut que se réjouir.

b) *En droit international privé de droit commun*

261. Récente codification. Comme nous l'avons déjà signalé, la Belgique s'est récemment dotée d'un Code de droit international privé, entré en vigueur, dans la plupart de ses dispositions, le 1er octobre 2004 (701). Ses auteurs ont essentiellement voulu systématiser l'information dans une discipline complexe réglementée jusque-là de façon éparse, dans l'évident respect des instruments internationaux, en s'attachant à la transparence, la modernité et l'ouverture vers l'étranger (702). Nous examinerons ici les dispositions du Code traitant des conflits de juridictions, en ce qu'elles intéressent les mesures conservatoires et les voies d'exécution portant sur la monnaie scripturale.

(699) Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil instituant une procédure européenne pour les demandes de faible importance (COM(2005)87).

(700) E. PATAUT, « L'espace judiciaire européen : un espace cohérent ? », in *Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen ?*, Dalloz, 2004, pp. 31 et s., sp. p. 48.

(701) Loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé, *M.B.*, 27 juillet 2004.

(702) Voy. l'exposé introductif du professeur J. ERAUW, in Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par Mmes V. DEOM ET L. VAN DER AUWERA, *Doc. parl.*, Ch. repr., n° 51-1078/005, p. 6 ; *adde* H. BOULARBAH, « Origine, objet et structure », in Le nouveau droit international privé belge, *J.T.*, 2005, pp. 173 et s.

DBL5151.book Page 368 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

– Compétence internationale directe

262. Mesures provisoires, conservatoires et d'exécution. L'article 5 du Code de droit international privé attribue une compétence de principe aux juridictions belges pour connaître d'une situation internationale si le défendeur est domicilié ou a sa résidence habituelle en Belgique lors de l'introduction de la demande. Parmi les dispositions spéciales complétant ce principe ou y dérogeant, on relève spécialement l'article 10 du même Code, ainsi rédigé : « Dans les cas d'urgence, les juridictions belges sont également compétentes pour prendre des mesures provisoires ou conservatoires et des mesures d'exécution concernant des personnes ou des biens se trouvant en Belgique lors de l'introduction de la demande, même si, en vertu de la présente loi, les juridictions belges ne sont pas compétentes pour connaître du fond ».

Cette disposition, dont la parenté avec l'article 31 du règlement Bruxelles I est patente [(703)], fut ainsi commentée dans l'exposé des motifs : « L'article introduit un chef de compétence propre à la matière des mesures provisoires ou conservatoires ou des mesures d'exécution — telle une saisie-exécution —, sans exclure pour autant que le juge compétent pour connaître du fond en vertu du code puisse adopter des mesures provisoires ou conservatoires. La disposition s'inspire du système mis en place, d'abord par la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, désormais remplacée par le règlement « Bruxelles I », ensuite par le règlement 1347/2000/CE « Bruxelles II ». Le texte même de l'article 31 du règlement « Bruxelles I » se contente, il est vrai, d'un renvoi aux règles de compétence du for. Toutefois, la jurisprudence récente de la Cour de justice des Communautés européennes […] voit dans ce texte une condition concernant l'existence d'un élément de rattachement suffisant avec le territoire du for » [(704)]. L'article 10 du Code n'a fait l'objet de guère de commentaires lors des discussions en commission des deux assemblées parlementaires [(705)]. L'article fut voté sans dis-

(703) Voy. l'intervention du professeur M. FALLON en commission de la Justice du Sénat (Proposition de loi portant le Code de droit international privé, Rapport fait au nom de la commission de la Justice par Mme NYSSENS et M. WILLEMS, *Doc. parl.*, Sén., sess. 2003-2004, n° 3-27/7, p. 30).

(704) Proposition de loi portant le Code de droit international privé, *Doc. parl.*, Sénat, sess. extr. 2003, n° 3-27/1, p. 35.

(705) On relève une question posée par un sénateur : « En ce qui concerne les mesures provisoires et conservatoires et les mesures d'exécution visées à l'article 10, M. Hugo Vandenberghe demande si elles sont conformes à la nouvelle conception internationale, selon laquelle on peut, dans les cas d'urgence, saisir la juridiction de son lieu de résidence. Quel est, en l'occurrence, le point de rattachement avec le droit belge ? Le professeur Van Houtte répond que les mesures concernent des biens ou des personnes se trouvant en Belgique. Les personnes doivent résider effectivement et physiquement en Belgique. Le professeur Fallon rappelle que cette disposition est inspirée de la Convention de Bruxelles de 1968, telle qu'elle a été interprétée par la Cour de Luxembourg » (Rapport fait au nom de la commission de la Justice par Mme NYSSENS et M. WILLEMS, *Doc. parl.*, Sén., sess. 2003-2004, n° 3-27/7, p. 31).

DBL5151.book Page 369 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

cussion au Sénat et ne suscita aucune discussion à la Chambre des représentants (706).

Dans son commentaire de cette disposition, M. Nuyts s'étonne à juste titre que l'article 10 du Code subordonne également à une condition d'urgence la compétence en matière de voies d'exécution. À la suite des développements de M. Boularbah à propos de l'article 24 de la Convention de Bruxelles (707), il souhaite que la condition de territorialité, en l'occurrence la présence des biens sur le territoire belge, s'apprécie au moment de l'introduction de la demande, de sorte qu'un déplacement ultérieur de l'objet de la mesure restera sans incidence sur cette compétence (708). Enfin, citant les travaux préparatoires qui réservent la possibilité pour les juridictions belges compétentes pour connaître du litige au fond d'adopter des mesures conservatoires, l'auteur considère que les conditions d'urgence et de territorialité ne sont pas de rigueur.

Ainsi, le droit international privé belge de droit commun a purement et simplement intégré les principes qui se déduisent du règlement de Bruxelles n° 44/2001, avec les nombreuses incertitudes qui s'attachent à l'exportation hors du territoire des mesures conservatoires, en tout cas lorsque ces dernières ont un effet *in rem*.

– La reconnaissance et l'exequatur

263. Reconnaissance de plein droit conditionnée. Ainsi que les développements de l'initiative parlementaire contenant le projet de Code l'ont annoncé, le traitement de l'efficacité des décisions étrangères connaît d'importantes innovations. Il ne s'agit pas moins que d'étendre à l'ensemble de la matière civile et commerciale la reconnaissance de plein droit d'une décision étrangère que la jurisprudence avait développée en matière d'état et de capacité : « Selon ce régime, une déclaration spécifique de la force exécutoire (procédure d'exequatur) n'est pas nécessaire pour admettre l'autorité de la chose jugée, et le contrôle de la révision au fond de la décision n'est pas requis. Pour le reste, il confirme le système antérieur, dont il explicite notamment les termes en matière de force probante des décisions. De plus, il affine le système antérieur par l'organisation des procédures de reconnaissance et d'exécution, en

(706) Rapport fait au nom de la commission de la Justice par Mme NYSSENS et M. WILLEMS, *Doc. parl.*, Sén., sess. 2003-2004, n° 3-27/7, p. 260 ; Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par Mmes V. DEOM ET L. VAN DER AUWERA, *Doc. parl.*, Ch. repr., n° 51-1078/005, p. 30.

(707) Voy. *supra*, n^{os} 249 et 250.

(708) A. NUYTS, « Compétence judiciaire », in *Le nouveau droit international privé belge*, *J.T.*, 2005, pp. 177 et s., sp. p. 179, n° 43.

DBL5151.book Page 370 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

s'inspirant de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, désormais remplacée par le règlement "Bruxelles I" » (709).

L'article 22, § 1er, du Code consacre donc, en matière patrimoniale, la reconnaissance automatique de la décision étrangère, pourvu que cette dernière respecte une série de conditions, énoncées par l'article 25 du Code (710). La solution belge paraît plus progressiste que celle adoptée par la France, où règne à tout le moins quelque incertitude à ce propos (711). Si aucune procédure n'est en principe requise pour la simple reconnaissance du jugement, il est néanmoins possible, lorsque le besoin s'en fait sentir, d'obtenir une décision expresse de reconnaissance du tribunal de première instance (712).

---

(709) Proposition de loi portant le Code de droit international privé, déposée par Mme J. Leduc, M. P. Mahoux, Mmes M. Vanlerberghe et N. de T' Serclaes, *Doc. parl.*, Sén., sess. extr. 2003, n° 3-27/1, p. 14 ; *adde ibid.*, p. 50, ainsi que N. WATTÉ, « L'entrée en vigueur du Code de droit international privé », *R.D.C.*, 2005, pp. 607 et s., sp. p. 609, n° 3.5.

(710) L'article 25 du Code de droit international privé est ainsi rédigé :

« § 1er. Une décision judiciaire étrangère n'est ni reconnue ni déclarée exécutoire si :

1° l'effet de la reconnaissance ou de la déclaration de la force exécutoire serait manifestement incompatible avec l'ordre public ; cette incompatibilité s'apprécie en tenant compte, notamment, de l'intensité du rattachement de la situation avec l'ordre juridique belge et de la gravité de l'effet ainsi produit ;

2° les droits de la défense ont été violés ;

3° la décision a été obtenue, en une matière où les personnes ne disposent pas librement de leurs droits, dans le seul but d'échapper à l'application du droit désigné par la présente loi ;

4° sans préjudice de l'article 23, § 4, elle peut encore faire l'objet d'un recours ordinaire selon le droit de l'État dans lequel elle a été rendue ;

5° elle est inconciliable avec une décision rendue en Belgique ou avec une décision rendue antérieurement à l'étranger et susceptible d'être reconnue en Belgique ;

6° la demande a été introduite à l'étranger après l'introduction en Belgique d'une demande, encore pendante, entre les mêmes parties et sur le même objet ;

7° les juridictions belges étaient seules compétentes pour connaître de la demande ;

8° la compétence de la juridiction étrangère était fondée uniquement sur la présence du défendeur ou de biens sans relation directe avec le litige dans l'État dont relève cette juridiction ; ou

9° la reconnaissance ou la déclaration de la force exécutoire se heurte à l'un des motifs de refus visés aux articles 39, 57, 72, 95, 115 et 121.

§ 2. En aucun cas, la décision judiciaire étrangère ne peut faire l'objet d'une révision au fond ».

(711) G. CUNIBERTI, *Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger*, *op. cit.*, p. 174, n° 232 : « En l'état actuel de la jurisprudence française, l'exequatur est aussi nécessaire pour rendre pleinement efficace un jugement étranger patrimonial et déclaratif. Néanmoins, cette condition tenant à la nature du jugement étranger est largement critiquée en doctrine et a paru remise en cause par certaines décisions de la Cour de cassation » ; *adde* H. MUIR-WATT, « Le mythe de « l'effet de titre » : le statut des jugements étrangers dans le contentieux du provisoire », in *La procédure en tous ses états — Mélanges en l'honneur de Jean Buffet*, Petites affiches, 2004, pp. 347 et s., sp. p. 349, n° 3.

(712) Voy. sur ce point l'intervention du professeur Fallon en commission de la Justice du Sénat : « Dans la jurisprudence s'est posé le problème de l'action déclaratoire. Ce problème est très connu en France, où la jurisprudence a nettement répondu par l'affirmative. En Belgique, l'intervenant s'est prononcé en faveur de l'action déclaratoire. La jurisprudence belge est divisée sur la question. Le système de la reconnaissance de plein droit soulève en effet une difficulté. Si l'on considère, par exemple, le cas de l'officier de l'état civil qui doit examiner un jugement de divorce étranger, la position qu'il prendra n'aura pas l'autorité de chose jugée. S'il se trompe dans son appréciation, le deuxième mariage sera nul. C'est ce que l'on appelle la précarité de la reconnaissance de plein droit. En raison de cette préca-

DBL5151.book Page 371 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

264. Le jugement étranger vaut titre conservatoire… Aux termes de l'article 1414 du Code judiciaire, tout jugement, même non exécutoire nonobstant opposition ou appel, tient lieu d'autorisation de saisir conservatoirement pour les condamnations prononcées, à moins qu'il n'en ait été autrement décidé. En toute logique, on déduit de la reconnaissance de plein droit consacrée par le Code de droit international privé que cette disposition vise indistinctement les décisions belges et les décisions étrangères, pourvu, dans cette dernière hypothèse, que les conditions de l'article 25 du Code de droit international privé soient rencontrées (713). L'huissier de justice requis par le créancier devra vérifier si tel est bien le cas, sans préjudice, naturellement, de l'existence de la condition de célérité (714).

265. … incertain s'il est susceptible d'un recours ordinaire. Un problème se pose néanmoins. L'article 25, § 1er, 4°, interdit en effet tant la reconnaissance que l'exequatur d'une décision étrangère si, « sans préjudice de l'article 23, § 4, elle peut encore faire l'objet d'un recours ordinaire selon le droit de l'État dans lequel elle a été rendue » (715). Seule la décision étrangère contre laquelle aucun recours ordinaire ne peut être formé peut donc bénéficier de la souplesse de l'article 1414 du Code judiciaire, ce qui prive la disposition d'une grande partie de son utilité. Réserve est cependant faite de l'article 23, § 4, qui dispose que la déci-

rité, la personne concernée a intérêt à demander une action déclaratoire pour que la reconnaissance du jugement étranger soit fixée par un jugement ayant autorité de chose jugée » (Rapport fait au nom de la commission de la Justice par Mme NYSSENS et M. WILLEMS, *Doc. parl.*, Sén., sess. 2003-2004, n° 3-27/7, p. 59) ; voy. déjà le commentaire initial des dispositions, *Doc. parl.*, Sén., n° 3-27/1, p. 51, spécialement le texte néerlandais préférable à la traduction française imprécise sino impropre ; *adde* C. TUBEUF, « L'efficacité internationale des décisions dans l'espace judiciaire européen », *op. cit.*, p. 604, n° 2.1.

(713) Voy. G. de LEVAL, *Traité des saisies*, *op. cit.*, pp. 321 à 324, n° 170, qui, hors le cas particulier de la saisie-arrêt conservatoire plus permissif en raison de l'existence de l'article 1445 du Code judiciaire, écrivait, en 1988 : « Ce n'est donc que s'il y a un traité entre la Belgique et le pays où la décision a été rendue que celle-ci, si elle est régulière, c'est à dire si elle satisfait aux conditions de reconnaissance prévues par ce traité […] peut, en principe, être assimilée à un jugement au sens de l'article 1414 et justifier, s'il y a célérité et sans contrôle préalable d'un juge belge, une saisie conservatoire » ; M. Cuniberti proposait une analyse identique du droit judiciaire belge mais intégrait l'enseignement doctrinal dans le libellé même de l'article 1414 du Code judiciaire, ce qui est à tout le moins audacieux (G. CUNIBERTI, *Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger*, *op. cit.*, p. 181, n° 237-1) ; désormais, le nouveau Code de droit international privé rend donc caduque l'exigence de traité requise par M. de Leval (en ce sens également, H. BOULARBAH, « Efficacité des jugements et actes authentiques », in *Le nouveau droit international privé belge*, *J.T.*, 2005, pp. 184 et s., sp. p. 184, n° 86).

(714) Sur le caractère plus ou moins méticuleux de ce contrôle de l'huissier, voy. G. CUNIBERTI, « La mesure conservatoire pratiquée sur le fondement d'un jugement étranger : un nouveau défi pour l'huissier de justice », *Droit et procédures*, 2004, n° 4, pp. 190 et s., sp. pp. 194 à 196, nos 29 à 40.

(715) À juste titre, H. Boularbah constate la rédaction malhabile de l'article 23, § 4, et une relative méconnaissance par l'article 25, § 1er, 4°, de l'interprétation donnée antérieurement à l'article 570, alinéa 2, 4°, du Code judiciaire (H. BOULARBAH, « Efficacité des jugements et actes authentiques », in *Le nouveau droit international privé belge*, *J.T.*, 2005, pp. 184 et s., sp. pp. 185 et 186, nos 93 et 100).

DBL5151.book Page 372 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

sion judiciaire étrangère pouvant faire ou faisant l'objet d'un recours ordinaire peut donner lieu à des « mesures d'exécution provisoires ». Le juge peut subordonner celles-ci à la constitution d'une garantie.

L'articulation des textes n'est pas parfaitement claire (716). Le système mis en place par le Code s'inspire, à de notables différences près (717), de l'article 46 du règlement Bruxelles I. Le commentaire qui fut fait de l'article 25, § 1er, 4°, dans la première présentation des articles du Code laisse perplexe, car il exprime rien moins qu'un sentiment contraire à la portée de l'article (718). De plus, on se perd en conjectures quant à la portée de la notion de « mesure d'exécution provisoire ». La version néerlandaise de l'article 23, § 4, du Code confirme, dans sa deuxième phrase, l'évocation d'une exécution : « De buitenlandse rechterlijke beslissing waartegen een gewoon rechtsmiddel is aangewend of die daarvoor vatbaar is, kan voorlopig ten uitvoer worden gelegd. De rechter kan de tenuitvoerlegging afhankelijk maken van een zekerheidstelling ».

Qu'en penser ? L'exécution en Belgique suppose la détention d'un titre exécutoire en vertu de l'article 1494 du Code judiciaire. Or, il ne peut être question de titre exécutoire puisque, précisément, l'article 25 interdit l'exequatur — et même la simple reconnaissance — d'une décision susceptible de recours ordinaire selon le droit de l'État dans lequel elle a été rendue. Il est inconcevable que le Code de droit international privé déroge au Code judiciaire, en permettant une exécution précaire, éventuellement subordonnée à la constitution d'une garantie, sans que le créancier dispose d'un titre exécutoire. La « mesure d'exécution provisoire » ne peut donc être qu'une mesure conservatoire, grâce à laquelle un juste équilibre entre les prétentions de chacune des parties peut être atteint.

(716) M. Wautelet parle purement et simplement d'incohérence à propos du problème qui nous retient (P. WAUTELET, « Le nouveau droit international privé belge », *op. cit.*, p. 114, n° 5).

(717) Relevons ainsi que dans l'espace européen, en lieu et place d'une interdiction d'exequatur, c'est d'une simple faculté de surseoir à statuer dont jouit le juge de l'État requis, dans le cadre du recours dont il est saisi contre la décision d'exequatur, lorsqu'un recours existe ou est exercé dans le pays d'origine.

(718) « Toute décision étrangère peut être mise à exécution en Belgique dès lors qu'elle est exécutoire dans l'État où elle a été rendue. En matière patrimoniale, sont visées les décisions exécutoires par provision (contre lesquelles une voie de recours ordinaire est encore ouverte), ou les décisions portant des mesures provisoires ou conservatoires. Ainsi, pour la mise à exécution, la condition que la décision étrangère ne soit plus susceptible de recours ordinaire, n'est pas applicable » (Proposition de loi portant le Code de droit international privé, *Doc. parl.*, Sénat, sess. extr. 2003, n° 3-27/1, p. 53) ; ce commentaire est contredit par une simple lecture du texte de l'article 25, § 1er, 4° ; d'ailleurs, on peut lire deux pages plus loin : « Le motif de refus selon lequel la décision, pour être reconnue, ne peut pas faire l'objet d'un recours ordinaire, apparaît comme devant être maintenu. Toutefois, il n'exclut pas que la décision étrangère puisse faire l'objet de mesures d'exécution provisoires, afin de préserver les intérêts du demandeur à l'exécution contre le risque d'une délocalisation de biens saisissables par le défendeur (art. 23, § 4) » (Proposition de loi portant le Code de droit international privé, *Doc. parl.*, Sénat, sess. extr. 2003, n° 3-27/1, p. 55).

DBL5151.book Page 373 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

L'analyse reste incertaine. À nos yeux, l'article 1414 du Code judiciaire ne permet de fonder des mesures conservatoires en Belgique, sans détour par le juge des saisies, qu'en vertu d'un jugement étranger qui n'est plus susceptible de voies de recours ordinaires. Or, si tel est le cas, il peut être exequaturé et les mesures provisoires paraissent alors un détour inutile pour tendre à l'exécution. Certes, comme nous allons le voir, cette dernière est suspendue si un recours est exercé contre la décision d'exequatur, mais pendant cette période, le créancier qui a obtenu cette mesure d'exequatur dispose d'un titre propre à procéder à des mesures conservatoires, sans que la preuve d'une célérité soit de mise.

Si ce jugement est au contraire encore susceptible de recours ordinaire dans le pays d'origine, tel un jugement exécutoire par provision, il n'existe pas aux yeux du droit belge en application de l'article 25 du Code de droit international privé, même si nous concédons un doute à ce propos (719). Il ne tombe donc pas dans le champ d'application de l'article 1414 du Code judiciaire. Il peut cependant fonder les « mesures d'exécution provisoire » de l'article 23 du Code de droit international privé, c'est-à-dire une mesure conservatoire belge, à condition que soit rencontrée la condition de célérité. Un détour paraît s'imposer par le juge des saisies, qui peut subordonner la mesure à la constitution d'une garantie.

266. Exécution suspendue à un exequatur définitif. L'article 23, § 5, du Code de droit international privé pose un principe important : « Par dérogation à l'article 1029 du Code judiciaire, durant le délai prévu pour un recours contre une décision autorisant l'exécution et jusqu'à ce qu'il ait été statué sur ce dernier, il ne peut être procédé qu'à des mesures conservatoires sur les biens de la partie contre laquelle l'exécution est demandée. La décision qui autorise l'exécution emporte l'autorisation de procéder à ces mesures » (720).

Il s'agit donc, lorsque l'exequatur est obtenu du juge belge, de freiner provisoirement les velléités d'exécution du bénéficiaire de cet exequatur durant le délai endéans lequel une tierce-opposition peut être formée contre la décision qui l'a accordé et durant la procédure à laquelle ce recours donne lieu. Durant ce laps de temps, qui peut s'avé-

(719) Comp. N. GALLUS, « Les aliments », *Rép. not.*, t. I, l. IV, Larcier, 2005 (sous presse), n° 540.

(720) L'article 23, § 5, du Code de droit international privé affiche une proche parenté avec l'article 47 du règlement Bruxelles I, que nous avons commenté ci-avant ; voy. H. BOULARBAH, « Efficacité des jugements et actes authentiques », in *Le nouveau droit international privé belge*, *J.T.*, 2005, pp. 184 et s., sp. p. 185, n° 92 n° 93, note n° 136, qui écrit : « l'article 23, § 4 [...] doit [...] être lu en ayant égard au règlement Bruxelles I qui a directement inspiré les rédacteurs du Code. Il ne peut en aucun cas être interprété comme autorisant, par dérogation à l'article 23, § 5, le créancier muni d'un jugement étranger exécutoire par provision à procéder en Belgique à des « mesures d'exécution provisoires » durant le délai de (tierce) opposition ou avant qu'il ait été statué sur ce recours ».

DBL5151.book Page 374 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

rer plus ou moins long (721), seules des mesures conservatoires peuvent être entreprises. Le créancier ne manquera pas d'y recourir simultanémant à la signification de l'ordonnance d'exequatur, pour priver le débiteur de l'occasion de divertir toute assiette saisissable sur le territoire belge durant la procédure de recours et ses errements. La condition de célérité posée par l'article 1413 du Code judiciaire n'est pas d'application, puisque la décision d'exequatur emporte par elle-même et de façon autonome l'autorisation de procéder à une ou plusieurs mesures conservatoires (722).

Remarquons, enfin, qu'il est heureux que contrairement au droit international privé de droit commun en France (723), la procédure d'exequatur est unilatérale et non contradictoire. Les mesures conservatoires pourront être prises en Belgique sans attirer préalablement l'attention du débiteur.

267. Conclusions. Le droit international privé belge de droit commun fait sans conteste preuve d'une ouverture et d'un libéralisme remarquables. S'inspirant souvent du droit communautaire pour en étendre les solutions à la généralité des situations internationales, il doit être salué. Cependant, l'agencement des dispositions du Code de droit international privé et de celles du Code judiciaire fait apparaître quelque incohérence en ce qui concerne l'obtention de mesures conservatoires en Belgique. Quant aux règles de compétence directe accordant juridiction aux tribunaux belges pour autoriser de telles mesures, elles sont également empreintes d'ouverture mais si s'impose leur exécution à l'étranger, cette dernière sera incertaine. Les mesures ainsi autorisées font figure de bouteilles lancées à la mer…

Ainsi, les règles du contentieux international n'offrent qu'une réplique insatisfaisante à la mondialisation de l'économie et à la rapidité des opérations financières. L'espace européen permet de nourrir l'espérance d'un remède à cette regrettable situation.

---

(721) En application de l'article 1034 du Code judiciaire, la tierce-opposition doit être formée dans le mois de la signification qui est faite de la décision prononcée sur requête unilatérale ; la décision prononcée contradictoirement sur tierce-opposition est encore susceptible des voies de recours ordinaires que sont l'appel ou l'opposition dans le respect des conditions auxquelles le Code judiciaire subordonne ces procédures.

(722) L'opinion de M. de Leval à propos de l'ancien article 39 de la Convention de Bruxelles corrobore notre sentiment : « l'urgence n'est pas requise, ce qui se comprend car il s'agit fondamentalement de 'préparer' l'exécution sur le fondement d'un titre qui réunit toutes les conditions pour cette exécution » (G. de LEVAL, J. MATRAY et F. GEORGES, « Le passage transfrontalier du titre exécutoire », in *L'efficacité de la justice civile en Europe*, *op. cit.*, pp. 159 et s., sp. p. 171, n° 15) ; voy. ég., en ce sens, H. BOULARBAH, « Efficacité des jugements et actes authentiques », in *Le nouveau droit international privé belge*, *J.T.*, 2005, pp. 184 et s., sp. p. 185, n° 92, note n° 135).

(723) Voy. G. CUNIBERTI, « La mesure conservatoire pratiquée sur le fondement d'un jugement étranger : un nouveau défi pour l'huissier de justice », *Droit et procédures*, 2004, n° 4, pp. 190 et s., sp. n° 3.

DBL5151.book Page 375 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

2° La saisie européenne de la monnaie scripturale

268. Limites de l'intégration européenne dans son état actuel. Les instruments européens actuellement en vigueur restent insuffisants pour assurer une parfaite effectivité des décisions judiciaires et, partant, pour faire de notre continent un espace unique de justice. Aux entraves, liées à l'effet frontière et en cours d'élimination, s'ajoutent la disparité et l'inégale efficacité des droits judiciaires nationaux (724). En soi, le simple accès aux informations relatives aux systèmes juridiques des pays voisins n'est déjà pas aisé. Il faut donc saluer les efforts consentis pour améliorer la connaissance du droit d'autrui. Ainsi, dans la ligne du sommet de Tampere, une importante décision du Conseil a créé le Réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale (725). Son site internet a pour ambition de fournir un aperçu de la procédure civile de vingt-quatre pays membres de l'Union, le Danemark n'étant pas partie au Réseau (726). Il est complété et tenu à jour au fur et à mesure de l'évolution des droits, tant nationaux qu'européen.

269. Nécessaire pragmatisme. L'ampleur des différences caractérisant les systèmes juridiques des pays de l'Union européenne, liées aux traditions culturelles propres à ces derniers, incitent à préférer l'harmonisation à une utopique unification (727). Encore l'harmonisation est-elle

(724) H. BOULARBAH, « Le cadre général des règles communautaires en matière de procédure civile : coopération judiciaire, droit judiciaire européen et droit processuel commun », in *Le droit processuel et judiciaire européen*, La Charte, 2003, pp. 167 et s. ; Fr. RONFINI, « Les grandes lignes du droit de l'exécution dans les pays de l'Union européenne », in Vers l'harmonisation en Europe du droit de l'insolvabilité et des garanties, *Rev. dr. U.L.B.*, 2001, vol. 24, pp. 43 et s., sp. p. 46, n° 6 ; « Parmi les pays de l'Union européenne, certains disposent de voies d'exécution modernes et performantes tandis que d'autres conservent des procédures lourdes et anciennes. En d'autres termes, la libre circulation du jugement ne réalise pas une égalité entre les différents droits de l'exécution même si de toute évidence les droits individuels devraient pouvoir être aisément mis en œuvre dans tous les États membres » (G. de LEVAL, « Aperçu du droit de l'exécution dans les états membres de l'Union européenne », *L'huissier de justice*, 1998, n° 98/2.701, pp. 1 et s., sp. p. 15) ; pour un récent examen de droit comparé sur la transparence patrimoniale, les mesures conservatoires, l'exécution provisoire et la saisie bancaire, voy. B. HESS, « Study n° JAI/A3/2002/02 on making more efficient the enforcement of judicial décisions within the European Union : Transparency of a Debtor's Assets — Attachment of Bank Accounts — Provisional Enforcement and Protective Measures », ainsi que les différents rapports nationaux synthétisés par cette étude, disponibles sur http://www.ipr.uni-heidelberg.de/studie/index.htm.

(725) Décision n° 2001/470 du Conseil du 28 mai 2001 relative à la création d'un réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale, *J.O.C.E.*, 27 juin 2001, L. 174/25 ; aux termes de l'article 3.1. de cette décision, « Le réseau a pour mission de : a) faciliter la coopération judiciaire entre les États membres en matière civile et commerciale et notamment de concevoir, mettre en place de manière progressive, et tenir à jour un système d'information destiné aux membres du réseau ; b) concevoir, mettre en place de manière progressive, et tenir à jour un système d'information destiné au public ».

(726) L'adresse de ce site est http://europa.eu.int/comm/justice_home/ejn/index_fr.htm

(727) En ce sens, évoquant l'injonction de payer, voy. J.-P. CORREA DELCASSO, « Le titre exécutoire européen et l'inversion du contentieux », *R.I.D.C.*, 2001, pp. 61 et s., sp. p. 63.

DBL5151.book Page 376 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

considérablement ardue (728). La comparaison des droits des différents États membres permettrait, avec les précautions qui s'imposent, d'extraire les « meilleures pratiques » en la matière pour les exporter et les généraliser (729).

Il ne faut cependant pas nourrir d'illusions à cet égard. Si le souhait d'une harmonisation des procédures fut maintes fois exprimé (730), il faut bien constater que le droit processuel n'a pas l'universalité de l'économie. La norme coulée dans un jugement est propice à une circulation relativement aisée et il est plus que vraisemblable que, dans les années à venir, le processus sera à ce point rôdé qu'aucune formalité d'insertion ne sera plus exigée. Il sera beaucoup plus long de réduire les différences entre les systèmes juridiques, dans leurs dispositions tant matérielles que processuelles (731).

270. L'avenir : une saisie bancaire européenne. Une approche pragmatique s'impose donc : face à la complexité et à l'ampleur de la tâche, il semble judicieux de traiter par priorité « les matières les plus immédiatement pratiques pour la vie des affaires » (732). Le droit de l'exécution

(728) « Le rapprochement des règles de procédure se heurte à deux obstacles majeurs en Europe : les différences irréductibles d'organisation judiciaire, les oppositions fondamentales sur les principes procéduraux » (E. PATAUT, « L'espace judiciaire européen : un espace cohérent ? », in *Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen ?*, Dalloz, 2004, pp. 31 et s., sp. p. 32, répercutant les interrogations de K. D. KERAMEUS, « Procédure civile nationale et exigences communautaires », in *Mélanges J. Normand*, Litec, 2003, pp. 253 et s., sp. p. 256).

(729) Le programme d'une conférence organisée conjointement par la Commission européenne et le Conseil de l'Europe en octobre 2004 participe clairement de cette intention : « Vers un procès idéal : quelques exemples de procédure judiciaires civiles les plus performantes en Europe » ; le comparatiste du droit de l'exécution constatera sans étonnement que la « best pratice » en matière d'exécution revient à la Suède […] ; M. Hess note dans son étude de droit comparé arrêtée en février 2004 une tendance convergente des pays européens à renforcer leur droit de l'exécution (B. HESS, « Study No. JAI/A3/2002/02 on making more efficient the enforcement of judicial decisions within the European Union : Transparency of a Debtor's Assets — Attachment of Bank Accounts — Provisional Enforcement and Protective Measures », *op. cit.*, pp. 12 et 13) ; *adde* J. NORMAND, « L'émergence d'un droit européen de l'exécution ? », in *Mélanges Jacques van Compernolle*, Bruylant, 2004, pp. 445 et s.

(730) « Nous constatons […] une contradiction importante entre d'une part, la création d'un vaste Marché unique, sans frontières intérieures, avec la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux et, d'autre part, une mosaïque sans cohérence de la procédure […] Le droit qui devrait être un support de l'économie et un stimulant de l'activité, constitue ici de façon potentielle ou réelle un obstacle au progrès » (F. VINCKE, « Les entreprises européennes ont besoin de rapprochement », in *Procedural laws in Europe — Towards harmonisation*, Malku, 2003, pp. 15 et s., sp. pp. 20 et 21) ; voy. l'analyse juridique des moyens d'un rapprochement in A.-M. VAN DEN BOSSCHE, « Europees gemeenschapsrecht : bron van en reden voor toenadering », *eod. loc.*, pp. 25 et s.

(731) Et ce même si « depuis le Traité de Nice, la procédure ordinaire de codécision s'applique, ce qui rend l'adoption de textes plus aisée. Le Traité instituant une Constitution pour l'Europe […] inclus[t dans cette matière] le rapprochement des législations nationales en matière civile » (D. GRISAY, et D. PICCININNO, « L'espace européen de justice », *op. cit.*, p. 98, n° 4).

(732) F. VINCKE, « Les entreprises européennes ont besoin de rapprochement », *op. cit.*, p. 23 ; voy. ég. T. ANDERSSON, « Approximation of procedural law in Europe », *op. cit.*, p. 65 : « Regulations and directives in limited fields of procedure, combined with the principles of direct effect and effectiveness in various fields of substantive law, will of course formally make approximation a slow process […] But the piece-by-piece route is bound to produce more thoroughly analyse legislative rules ».

DBL5151.book Page 377 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

nous paraît en faire partie (733). Au sein de celui-ci, la saisie des comptes bancaires s'avère naturellement fondamentale. Support de richesses aussi considérables qu'évanescentes (734), sa saisie fédère toutes les difficultés auxquelles une exécution transnationale efficace se voit confrontée (735). En particulier et pour faire bref, comme nous l'avons vu, la monnaie scripturale interpelle quant à l'absolutisme du principe de territorialité (736).

Rien d'étonnant, dès lors, que, confrontée à l'extrême diversité de la législation des différents États membres en droit de l'exécution au sens large, la Commission européenne se soit préoccupée de la saisie bancaire (737). Cet intérêt a suscité celui de la doctrine, qui n'a cessé

(733) « Just as free movement of goods requires that goods have access to properly functionning markets, so free movement of judgments must presuppose that judgments can be made effective : that they can be enforced […] Just as European law has sought to correct imperfections in market performance through supporting policies in areas such as competition law and public procurement law, and through promoting administrative best practice, so there must be an interest in ensuring that enforcement is robust, even handed and in accordance with best practice » (W. KENNETT, « Enforcement : general report », in *Procedural laws in Europe — Towards harmonisation*, *op. cit.*, pp. 81 et S., sp. p. 92).

(734) « La diversité actuelle de localisation des biens et l'extrême mobilité de certains d'entre eux, l'évolution de la composition des patrimoines, constitués le plus souvent d'actifs bancaires, font que les instruments juridiques d'appréhension des biens ne peuvent rester nationaux. La construction d'un véritable droit de l'exécution communautaire est donc nécessaire » (N. FRICERO, « La libre exécution des jugements dans l'espace judiciaire européen : un principe émergent ? », in *Justice et droits fondamentaux, Études offertes à J. Normand*, Litec, 2003, pp. 173 et s., sp. p. 174) ; voy. ég. R. PERROT, « L'efficacité des procédures judiciaires au sein de l'Union européenne et les garanties des droits de la défense », in *L'efficacité de la justice civile en Europe*, pp. 417 et s., sp. pp. 433 et 434.

(735) « La saisie bancaire internationale constitue une figure concentrée de toutes les difficultés liées au caractère transnational du litige, outre celles découlant de son objet : l'appréhension d'un patrimoine éminemment volatil composé de produits financiers sophistiqués, parfois virtuels, créant des figures juridiques inédites et complexes. S'y ajoutent le progrès des techniques de transmission, la possible collusion du tiers saisi et son secret professionnel » (M.-Th. CAUPAIN, Préface à l'ouvrage collectif *L'efficacité de la justice civile en Europe*, Larcier, 2000, p. 11).

(736) Le professeur Normand a bien montré « la nécessité dans laquelle l'on se trouve d'adapter le mécanisme des saisies à l'extraordinaire mobilité des capitaux et d'harmoniser ou d'uniformiser pour cette raison certaines procédures d'exécution, voire de rompre avec le principe de territorialité » (J. NORMAND, « L'émergence d'un droit européen de l'exécution ? », in *Mélanges Jacques van Compernolle*, Bruylant, 2004, pp. 445 et s., sp. pp. 455 et 456, n° 23, p. 449, n° 6) ; G. de LEVAL et F. GEORGES, « La saisie-arrêt bancaire dans l'Union européenne », in *L'efficacité de la justice civile en Europe*, Larcier, 2000, pp. 185 et s., sp. pp. 198 et 199 ; *adde* J.-M. DELLICI, « 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, qui parle d'intérêt vital pour les entreprises à propos d'une procédure visant à simplifier au sein de l'Union européenne, la saisie des créances et en particulier des créances bancaires.

(737) « Vers une efficacité accrue dans l'obtention et l'exécution des décisions au sein de l'Union européenne », Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, 98/C 33/03, *J.O.C.E.*, 31 janv. 1998, pp. 14 et 15, n^{os} 46 à 48 ; cette communication recense les difficultés que nous avons précédemment mises à jour : inadaptation du principe de territorialité, haute volatilité, influence du transfert électronique des fonds, questions des filiales et succursales et choix entre le principe de priorité ou l'égalité des créanciers.

DBL5151.book Page 378 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

depuis lors de nourrir la réflexion à ce sujet (738). Dans son « projet de programme des mesures sur la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle des décisions en matière civile et commerciale », le Conseil européen préconise, parmi d'autres mesures, « l'amélioration des saisies bancaires, par exemple par la mise en place d'une saisie européenne des avoirs bancaires : en présence d'une décision certifiée exécutoire dans l'État membre d'origine, il pourrait être procédé, dans tout autre État membre, sans exequatur et de plein droit, à une saisie conservatoire des avoirs bancaires du débiteur. La décision deviendrait exécutoire dans le pays de la saisie, au moins pour les besoins de cette dernière, en l'absence de contestation du débiteur » (739).

271. Proposition doctrinale. À la demande de la Commission européenne, une importante étude en vue de l'amélioration de l'exécution des décisions judiciaires en Europe a été finalisée au début de l'année 2004 par le professeur Burkhard Hess, de l'Université de Heidelberg (740). Quatre thèmes fondamentaux du droit de l'exécution ont justifié cette étude : la transparence patrimoniale, la saisie des comptes

(738) Voy. 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. 18 ; G. de LEVAL et F. GEORGES, « La saisie-arrêt bancaire dans l'Union européenne », *op. cit.*, pp. 183 et s. ; R. PERROT, « L'efficacité des procédures judiciaires au sein de l'Union européenne et les garanties des droits de la défense », *eod. loc.*, pp. 417 et s., sp. pp. 433 et 434 ; E. JEULAND, « La saisie européenne de créances bancaires », *D.*, 2001, Chron., pp. 2106 et s. ; G. TARZIA, « Vers un concept européen du droit de l'exécution ? », 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. 153 et s., sp. pp. 163 à 165 ; E. JEULAND, « Les garanties de la saisie européenne des créances », *eod. loc.*, pp. 395 et s., sp. p. 396 ; W. KENNETT, « Enforcement : general report », in *Procedurals Laws in Europe — Towards harmonisation*, Maklu, 2003, pp. 81 et s., sp. pp. 110 et 111 ; G. TARZIA, « Rapidité, sécurité, efficacité dans l'exécution transfrontalière en Europe », in *L'aménagement du droit de l'exécution dans l'espace communautaire — Bientôt les premiers instruments*, Éditions juridiques et techniques, Collection Passerelle, 2003, pp. 79 et s., sp. pp. 89 à 92 ; B. HESS, « La procédure d'arrest (saisie des comptes bancaires) en droit allemand », *eod. loc.*, pp. 223 et s., sp. pp. 246 à 252 ; E. JEULAND, « Les lacunes du droit judiciaire européen », in *Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen ?*, Dalloz, 2004, pp. 105 et s., sp. pp. 113 et 114 ; par ailleurs, relevons que la liste de principes relatifs aux mesures provisoires et conservatoires de l'International Law Association a été rédigée à partir d'un cas pratique portant sur une mesure de blocage de comptes bancaires (C. KESSEDJIAN, « Mesures provisoires et conservatoires. À propos d'une résolution adoptée par l'Association de droit international », *J.D.I.*, 1997, pp. 103 et s., sp. p. 105).

(739) Projet de programme des mesures sur la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle des décisions en matière civile et commerciale, Communication du Conseil n° 2001/C-12/01, *J.O.C.E.*, 15 janvier 2001, p. 5 ; comp. et *contra* Fr. RONFINI, « Les grandes lignes du droit de l'exécution dans les pays de l'Union européenne », *op. cit.*, sp. p. 80, n° 32, qui préfère une « harmonisation des principes et des notions communes en matière d'exécution » à une procédure européenne d'exécution uniformisée ».

(740) B. HESS, « Study No. JAI/A3/2002/02 on making more efficient the enforcement of judicial decisions within the European Union : Transparency of a Debtor's Assets — Attachment of Bank Accounts — Provisional Enforcement and Protective Measures », disponible sur les sites http://www.ipr.uni-heidelberg.de ou http://europa.eu.int/comm ; l'étude de droit comparé se trouve pp. 60 à 88 ; les propositions en matière de saisie bancaire européenne sont formulées pp. 89 à 101 et pp. 149 à 151.

DBL5151.book Page 379 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

bancaires, les mesures conservatoires et l'exécution provisoire. L'analyse et les propositions du professeur Hess se sont développées à partir de rapports nationaux détaillant l'état du droit à propos de ces quatre thèmes dans les 15 pays alors membres de l'Union. Ce document a été remis à la Commission qui, sans nul doute, y puisera les fondements de futurs instruments.

Pour M. Hess, l'instrument serait applicable lorsqu'il s'agit de saisir un compte se trouvant à l'étranger. Les autorités compétentes pour octroyer la mesure seraient celles du débiteur récalcitrant ou celles du pays où a été prononcé le jugement. Un acte harmonisé pour toute l'Europe serait adressé à la banque tiers saisie dans les deux langues du pays d'origine et du pays « requis ». Les effets de la mesure seraient principalement déterminés par la loi du lieu d'exécution (extension ou non de la saisie à d'autres comptes, principes de priorité ou d'égalité, modalités du versement des fonds). L'instrument combattrait enfin le risque de saisies concomitantes dans différents pays par l'obligation de fournir une garantie. M. Hess propose d'ailleurs un instrument équivalent au stade conservatoire, ayant également pour objet le compte bancaire (741).

Au moment de la clôture de la présente recherche, la Commission n'a pas encore rédigé de proposition concrète sur la saisie européenne des comptes bancaires. Dans ces conditions, il nous est impossible de procéder à des développements précis à ce sujet. Nous nous bornerons à quelques réflexions prospectives.

272. Options fondamentales. Diverses options s'ouvrent naturellement au législateur européen (742). Le recours à l'instrument du règlement fut préconisé par M. Hess antérieurement à la rédaction de son étude sollicitée par la Commission (743). À l'instar de ce qui a été proposé pour la procédure sommaire d'injonction de payer (744), ce règlement créerait opportunément une institution se superposant aux mesures existantes dans les différents droits nationaux.

Il va sans dire que le souci de proportionnalité, valeur essentielle en matière d'exécution, doit présider à la confection de l'instru-

(741) B. HESS, « Study No. JAI/A3/2002/02 […] », *op. cit.*, pp. 141 et s.

(742) J. ISNARD, « Rapport introductif », in *L'aménagement du droit de l'exécution dans l'espace communautaire — Bientôt les premiers instruments*, Éditions juridiques et techniques, 2003, pp. 13 et s., sp. p. 20.

(743) B. HESS, « La procédure d'arrest (saisie des comptes bancaires) en droit allemand », *op. cit.*, p. 250.

(744) « Le réalisme commande […] de proposer une procédure uniforme d'injonction de payer qui existerait parallèlement aux procédures nationales, tout en simplifiant le droit commun de la procédure d'exequatur » (G. de LEVAL, « Les ressources de l'inversion du contentieux », in *L'efficacité de la justice civile en Europe*, *op. cit.*, p. 94, n° 10).

DBL5151.book Page 380 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

ment (745). Le créancier doit disposer d'un instrument performant tenant néanmoins compte de la situation inconfortable de l'établissement de crédit tiers saisi. Les incertitudes doivent lui être épargnées, ce qui n'est pas le cas actuellement, comme nous l'avons vu (746). Plus généralement, on a pu, à juste titre, insister sur les garanties procédurales qui devraient encadrer la mesure (747).

D'un point de vue tant stratégique que conceptuel, certains ont regretté la limitation du projet en discussion aux avoirs bancaires et ont posé la question de savoir si les créances dans leur généralité ne devraient pas être visées (748). Tel n'est pas notre avis. On peut en effet rétorquer que le besoin d'un instrument pour appréhender la monnaie scripturale est ressenti avec bien plus d'acuité. À ce propos, notre opinion peut se targuer d'un appui prestigieux. Selon M. Perrot, en effet, « parce que les grandes banques ayant des succursales dans la plupart des pays européens, il deviendrait possible, en pratiquant une saisie dans l'État où la société mère a son siège social, de diffuser son effet d'indisponibilité sur les comptes du débiteur tenus dans ses succursales étrangères. Ainsi pourrait-on remédier à la plaie des "avoirs baladeurs" » (749). De plus et de façon plus générale, les établissements bancaires, par leur organisation, leur parfaite maîtrise des aspects juridiques du recouvrement et l'internationalisation de leurs activités, sont, plus que tout autre débiteur, aptes à être destinataires d'un acte uniformisé à l'échelle européenne.

Une question particulièrement épineuse est la manière par laquelle il sera possible de ménager le particularisme des droits de *common law* (750). Si pareil écueil s'est évidemment déjà rencontré dans l'histoire de la construction européenne, l'acuité du problème dans la présente discussion est à nos yeux inédite, dès lors qu'il s'agit de quitter le

(745) « An additional guiding constitutional principle, which is inherent to enforcement, is proportionality. Proportionality applies to the « balancing » of the competing rights and interests of the parties. According to this principle, enforcement measures should not unnecessarily infringe upon the debtor and third parties ; disproportionate or vexatious measures are not admitted. Due to the constitutionalisation of procedural law, the national legal systems of all Member States are bound by the same principles and values » (B. HESS, « Study No. JAI/A3/2002/02 […] », *op. cit.*, p. 13).

(746) Voy. *supra*, n^os^ 226 et 227 ; *adde* B. HESS, « La procédure d'arrest (saisie des comptes bancaires) en droit allemand », *op. cit.*, pp. 241 à 252 : « La situation se présente comme tout à fait désavantageuse du point de vue du tiers débiteur : l'ordonnance de saisie transfrontalière le confronte à une série de conséquences juridiques qu'il aura bien du mal à évaluer […] ».

(747) E. JEULAND, « Les garanties de la saisie européenne des créances », in *Nouveaux droits dans un nouvel espace européen de justice — Le droit processuel et le droit de l'exécution*, *op. cit.*, sp. pp. 401 à 406.

(748) Chr. HUGON et B. MENUT, « Les enjeux européens du recouvrement de créances », *Droit et procédures*, 2005, pp. 69 et s., sp. p. 76, n° 39 ; J.-M. DELLECI, « La saisie européenne des avoirs bancaires », *op. cit.*, p. 263.

(749) R. PERROT, « Rapport de synthèse », *Mesures conservatoires et recouvrements transfrontaliers*, *op. cit.*, n° 10.

(750) Voy. G. CUNIBERTI, « Le projet européen de saisie des avoirs bancaires est-il compatible avec le droit anglais ? », in *L'aménagement du droit de l'exécution dans l'espace communautaire — Bientôt les premiers instruments*, Éditions juridiques et techniques, Collection Passerelle, 2003, pp. 253 et s.

DBL5151.book Page 381 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

domaine de la circulation des jugements pour affronter la réglementation du droit de l'exécution lui-même. Ainsi, le professeur Neil Andrews suggère un instrument européen dont le circulation serait illimitée malgré son caractère *ex parte*, mais où l'ordre n'aurait qu'un effet in personam (751), ce qui, malheureusement, ne signifie pas grand-chose dans les pays où la violation de l'ordre judiciaire n'est sanctionnée que de façon platonique. Il faut en effet garder à l'esprit que l'efficacité des injonctions, mesures *in personam* car fondées sur l'*equity*, est intimement liée aux traditions judiciaires propres au système de *common law*. Qu'on le regrette ou non, les sanctions liées au *contempt of court*, l'*order for discolure* et, plus fondamentalement encore, les principes mêmes qui président au traitement du litige et aux relations entre les acteurs de la justice paraissent peu exportables dans les ordres juridiques continentaux (752).

Clôturons ces considérations de principe par deux réactions à des opinions susceptibles d'entamer sérieusement l'utilité de l'instrument. En premier lieu, nous ne partageons pas le point de vue de M. Jeuland, qui, se prévalant du principe de subsidiarité, estime que la saisie européenne des créances bancaires ne doit répondre qu'à ce que les droits internes ne parviennent pas à résoudre, essentiellement « l'hypothèse type […] d'un débiteur qui tente de déplacer des fonds dans l'UE pour échapper à l'exécution d'un jugement » (753). S'il faut attendre qu'un créancier non seulement se rende compte, mais également rapporte la preuve qu'il subit une hypothèse de ce type, pour lui assurer la disponibilité de l'instrument à créer, autant s'abstenir. En second lieu, M. Delleci estime que s'imposerait un « statut harmonisé des agents de l'exécution européens » (754). Eu égard à la démesure de la tâche, l'avènement de l'instrument risque d'être renvoyé aux calendes grecques… (755).

(751) N. ANDREWS, « Towards a european protective order in civil matters », in *Procedural Laws in Europe — Towards Harmonization*, Maklu, 2003, pp. 267 et s., sp. pp. 273 et 274.

(752) Sur ce point, voy. G. CUNIBERTI, *Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger*, *op. cit.*, pp. 59 à 89, n^{os} 70 à 109.

(753) E. JEULAND, « Les garanties de la saisie européenne des créances », 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. 395 et s., sp. p. 396.

(754) J.-M. DELLECI, « La saisie européenne des avoirs bancaires », *op. cit.*, p. 271.

(755) « Qui dit harmonisation de la procédure civile, n'implique pas nécessairement une harmonisation de l'organisation judiciaire […] Ce que l'on harmonise, si l'on est encore optimiste, c'est le software procédural, mais on devrait faire attention à l'existence et aux implications qui trouvent leur origine dans le hardware organisationnel » (K.D. KERAMEUS, « Rapport de synthèse », in *L'aménagement du droit de l'exécution dans l'espace communautaire — Bientôt les premiers instruments*, *op. cit.*, p. 277) ; *adde* W. KENNETT, « Aperçus comparatifs des différents modes d'exécution forcée des obligations pécuniaires dans l'Union européenne », 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. 255 et s., sp. pp. 255 et 256 : « essentiellement, les mêmes méthodes d'exécution (sont) employées dans chaque système étudié : saisie de biens, de salaires, autres dettes, immeubles, actions, etc […] Dès lors, j'ai porté mon attention aux agents d'exécution eux-mêmes. Toute impression de similarité entre les États membres qui aurait pu être créée par une étude des méthodes d'exécution s'est rapidement évaporée à ce stade ».

DBL5151.book Page 382 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

273. Mesure conservatoire ou voie d'exécution ? Pour M. Tarzia, il devrait s'agir d'une pure mesure conservatoire, sans qu'un ultérieur effet attributif puisse lui être attaché en cas de reconnaissance définitive des prétentions qui fondaient la mesure (756). M. Normand, à la suite de M. Perrot, a, quant à lui, insisté sur l'utilité de la conversion d'une mesure conservatoire en voie d'exécution (757). De façon assez singulière, M. Delleci s'est interrogé sur l'opportunité de la phase conservatoire, spécialement en ce qu'elle risquait de consacrer une vocation collective de la saisie (758). Cet auteur préconise purement et simplement l'extension de la saisie-attribution à l'ensemble de l'espace européen (759). La délicate question du choix entre mesure conservatoire et voie d'exécution a également été relayée par M. Jeuland. Si la première branche de l'alternative devait être retenue, l'auteur a également mis en exergue l'option qui s'imposerait entre mesures à effets réel ou personnel (760).

274. Pierre d'achoppement : la répartition des fonds. À n'en pas douter, l'arbitrage entre le principe d'égalité des créanciers et le principe de priorité au premier saisissant promet des discussions sans fins (761). À nos yeux, toute atteinte aux traditions nationales relativement au mode

(756) G. TARZIA, « Rapidité, sécurité, efficacité dans l'exécution transfrontalière en Europe », in *L'aménagement du droit de l'exécution dans l'espace communautaire — Bientôt les premiers instruments*, *op. cit.*, sp. p. 91 ; voy. ég., du même auteur, « Exigences et garanties de l'exécution transfrontalière en Europe », in *Justice et droits fondamentaux, Études offertes à J. Normand*, Litec, 2003, pp. 448 et s., sp. pp. 458 et 459, n^{os} 9 à 11.

(757) J. NORMAND, « Rapport de synthèse » in *L'aménagement du droit de l'exécution dans l'espace communautaire — Bientôt les premiers instruments*, Éditions juridiques et techniques, Collection Passerelle, 2003, pp. 93 et s., sp. pp. 105 et 106 où l'auteur évoque l'unité conceptuelle qui existe entre les mesures conservatoires et les mesures d'exécution.

(758) J.-M. DELLECI, « La saisie européenne des avoirs bancaires », *op. cit.*, sp. pp. 268 à 271.

(759) *Contra*, à plus juste titre à nos yeux, G. TARZIA, « Vers un concept européen du droit de l'exécution », 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. 153 et s., sp. p. 166 et 167 : « Dans une perspective transnationale, la préoccupation semble raisonnable que le refus, total ou pour certaines voies d'exécution, du principe de la *par condicio creditorum* puisse augmenter les disparités entre les créanciers 'voisins' au débiteur, résidant dans son même pays, et les créanciers étrangers, qui pourraient découvrir trop tard la nécessité de se munir d'un titre exécutoire et de se pourvoir dans la voie de l'exécution forcée. Cela ne veut pas dire qu'il faut nécessairement condamner le principe opposé. On peut proposer à nouveau l'idée que, dans un effort futur d'harmonisation, le renforcement des voies d'exécution — qui pourrait être poursuivi aussi par la limitation de l'initiative et de la participation à la distribution aux créanciers munis de titre exécutoire, comme en France — devrait quand même s'accompagner partout de l'introduction de formes de concours collectif sur le patrimoine du débiteur insolvable, qu'il soit commerçant ou non » ; *adde*, du même auteur, « La distribution des deniers dans l'exécution forcée en Europe », *R.I.D.C.*, 1999, pp. 331 et s.

(760) E. JEULAND, « Les lacunes du droit judiciaire européen », in *Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen ?*, Dalloz, 2004, pp. 105 et s., sp. pp. 113 et 114.

(761) J. NORMAND, « Rapport de synthèse », 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. 439 et s., sp. p. 469 ; dans sa thèse, M. Cuniberti voit dans le mode de répartition des deniers une forteresse difficilement franchissable pour le titre étranger (G. CUNIBERTI, *Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger*, *op. cit.*, p. 375, n° 498).

DBL5151.book Page 383 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

de répartition des deniers sera particulièrement délicate à imposer. Or, il s'agit d'éviter que la saisie européenne des comptes bancaires rejoigne les limbes où tant de projets ambitieux ont échoué.

275. L'utilité essentielle de la mesure réside dans le gel de la monnaie scripturale. Il n'est guère discutable que c'est la volatilité de la monnaie scripturale qu'il faut combattre. Le blocage est une chose, l'expropriation de fonds scripturaux en est une autre. C'est une solution de ce type que suggère le professeur Hess dans son rapport remis à la Commission européenne. Pour cet auteur, l'instrument idéal serait calqué sur le règlement relatif aux insolvabilités, spécialement axé sur le blocage des fonds et l'information à donner par le tiers saisi. La saisie européenne serait basée sur les principes fondamentaux de reconnaissance mutuelle et de l'universalité, en ce que la validité transnationale d'une saisie serait explicitement permise. Cependant, l'application de ces principes se bornerait au blocage du compte, le surplus de la procédure (versement des fonds, protection du débiteur, moyens évoqués par l'établissement de crédit et surtout répartition des deniers) ressortissant à la loi du pays du lieu de la saisie [(762)]. Nous ne pouvons qu'abonder dans ce sens : l'essentiel est le blocage du compte.

276. Modalités. Dans une des premières contributions prônant une saisie européenne des comptes en banque, M. de Leval proposait que la mesure ordonnée couvre l'ensemble du territoire de l'Union, pendant une durée limitée, tout en prévoyant en faveur du débiteur saisi une possibilité de recours devant un juge de proximité [(763)]. Il insistait également sur la nécessité d'une logistique adaptée à l'objet des poursuites, ce qui exige un recours large, mais évidemment sécurisé, aux communications électroniques. La paralysie de la monnaie scripturale constitue à elle seule une mesure douloureuse. Il conviendra naturellement de redoubler de sévérité face à un abus, dont le risque est malheureusement consubs-

(762) « From a theoretical perspective, the proposed European Garnishment order is mainly based on the guiding principles of mutual recognition (of enforcement orders of other Member States) and « universality », because a cross-border validity of a garnishment order would be explicitly allowed. However, the application of these principles is restricted to the first stage of enforcement proceedings, i.e. the seizure of the account. Therefore, the second stage of garnishment proceedings (collection, distribution of the claim and protection of the debtor as well as the decision on the objections of the garnishee) remains completely subject to the enforcement laws of the Member State where the garnishment is effected. In a literal sense, the « European Enforcement Order » operates as a « door opener » allowing a creditor to institute enforcement proceedings immediately abroad which are, however, conducted according to the applicable laws at the place of enforcement. An additional advantage of the proposed instrument is that it would also allow the inclusion of provisional and protective measures » (B. HESS, « Study No. JAI/A3/2002/02 [...] », *op. cit.*, p. 93).

(763) G. de LEVAL et F. GEORGES, « La saisie-arrêt bancaire dans l'Union européenne », *op. cit.*, p. 203, n° 24.

DBL5151.book Page 384 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

tantiel à la mesure provisoire (764). M. Delleci a insisté sur la nécessité de tenir compte des opérations en cours, la préservation des mécanismes de netting et l'écartement de tout risque encouru par la collaboration de l'établissement de crédit (765). Ces difficultés seront d'autant plus facilement prises en compte qu'elles ressortiront de la loi du *forum arresti*, dans le système qui a notre faveur.

277. Conclusion du paragraphe. À différents stades de leur évolution, les systèmes juridiques européens ont été contraints d'évoluer pour éviter un déni de justice. Pour ne citer qu'un exemple, la doctrine française de l'effet de titre du jugement étranger a permis de contourner la procédure d'exequatur (766). La contrainte, qui justifie depuis des décennies la territorialité du droit de l'exécution, en ce compris celle des mesures conservatoires, est sans conteste édulcorée lorsqu'il s'agit de monnaie scripturale. De plus, les relations nouées par les établissements de crédit, tant endogènes avec leurs succursales et filiales, qu'exogènes avec les systèmes de paiement, via des réseaux extrêmement performants, constituent un relais idéal pour la diffusion d'une mesure de blocage du compte.

Il ne sera plus longtemps tolérable que seuls les litiges aux enjeux financiers gigantesques nourrissent la jurisprudence en matière de procédures transnationales (767). L'accès à un instrument d'un coût raisonnable est nécessaire. Certes, tant que les systèmes juridiques connaîtront des déséquilibres en termes d'efficacité, les acquis de la circulation des titres ne pourront relever victorieusement le défi de leur incarnation. Mais à cet égard, les États parties à la Convention européenne des droits de l'homme ont des comptes à rendre à Strasbourg.

À l'échelon transnational, un constat est préoccupant. Si l'on compare le traitement international de la cession de créance avec celui de la saisie-arrêt, on s'aperçoit qu'on privatise en quelque sorte le recouvrement en facilitant les cessions de créances et leur opposabilité à quiconque, tout en s'abstenant d'améliorer les performances du recouvrement forcé (768). S'il est normal que le contrat s'exporte mieux que la justice, il reste que cet état de fait est inacceptable dans l'espace européen.

---

(764) « Les mesures conservatoires participent d'une lutte contre un type de comportement qui impose une réaction rapide. Or, si toutes les précautions devaient être prises, la réaction ne pourrait intervenir dans les délais nécessaires. Les abus sont donc inhérents à la nature des procédures concernées » (G. CUNIBERTI, *Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger*, *op. cit.*, p. 125, n° 171).

(765) J.-M. DELLECI, « La saisie européenne des avoirs bancaires », *op. cit.*, pp. 261 et s.

(766) G. CUNIBERTI, *Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger*, *op. cit.*, p. 179, n° 236.

(767) B. HESS, « Nouvelles techniques de la coopération judiciaire transfrontière en Europe », *R.C.D.I.P.*, 2003, pp. 215 et s., sp. p. 217.

(768) Voy. à ce sujet B. HESS, « Study No. JAI/A3/2002/02 [...] », *op. cit.*, p. 88.

DBL5151.book Page 385 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

Sous-section 2

Obstacles déduits de la traçabilité de l'objet de la saisie

278. Objet de la sous-section. Il nous faut maintenant examiner les spécificités révélées, en cas de saisie de la monnaie scripturale, par le caractère traçable de cette dernière. Le premier écueil relève de l'insaisissabilité des unités monétaires issues d'une obligation de somme protégée, totalement ou partiellement, par le Code judiciaire (§ 1er). Le second obstacle procède du fait que certains comptes bancaires sont utilisés à des fins de gestion de la monnaie scripturale destinée à autrui (§ 2).

§ 1. Le report d'insaisissabilité en cas de versement sur compte bancaire

279. Position du problème. Soucieux de réserver aux personnes physiques un bien-être conforme aux exigences, internationalement et constitutionnellement garanties, de la dignité humaine (769), le législateur belge consacre, à l'instar de nombreux pays (770), un système d'insaisissabilité partielle et dégressive des revenus du travail et des indemnités en tenant lieu (771). Tel est le but des articles 1409 à 1412 du Code judiciaire. Cette matière, d'une particulière technicité, a connu durant ces dernières années de nombreuses réformes et propositions de réforme, destinées à renforcer la protection du débiteur saisi (772), au risque peut-être de met-

(769) Sur ce thème en général, voy. G. de LEVAL, « Recouvrement et dignité humaine », in *Justice et droits fondamentaux, Études offertes à J. Normand*, Litec, 2003, pp. 321 et s.

(770) La plupart des pays de l'Union européenne consacrent une insaisissabilité partielle des revenus, selon des modalités naturellement variables ; voy. Ch. VANHEUKELEN et V. van den HASELKAMP, « Les règles d'insaisissabilité des revenus dans les États membres de l'Union européenne », in *Espace judiciaire et social européen*, Larcier, 2003, pp. 613 et s.

(771) Pour une présentation générale des articles 1409 à 1412 du Code judiciaire, voy. E. DIRIX et K. BROECKX, *Beslag*, *op. cit.*, pp. 111 et s., nos 160 et s. ; *R.P.D.B.*, Compl. VIII, v° Saisies — Généralités, pp. 534 et s., nos 96 et s. ; G. de LEVAL, *Traité des saisies*, *op. cit.*, pp. 136 et s., nos 79 et s. ; on consultera ces ouvrages classiques en gardant à l'esprit qu'ils sont antérieurs à la promulgation des plus récentes modifications.

(772) Ainsi, une loi du 24 mars 2000 a modifié les articles 1409, 1409*bis*, 1410 et 1411 du Code judiciaire, en vue d'adapter la quotité non cessible ou non saisissable de la rémunération ; cette loi s'était donné deux objectifs : majorer le montant des quotités insaisissables de 2.000 anciens francs par enfant à charge et ajouter une tranche d'insaisissabilité partielle des revenus du travail dans la perspective de favoriser ceux-ci par rapport aux revenus de remplacement ; sur cette loi du 24 mars 2000, voy. P. WALLEMACQ, « La loi du 24 mars 2000 modifiant les articles 1409, 1409*bis*, 1410 et 1411 du Code judiciaire, en vue d'adapter la quotité non cessible ou non saisissable de la rémunération », *Rev. not.*, 2000, pp. 474 et s. ; E. DIRIX et S. BRIJS, « De centralisatie van de beslagberichten en andere wijzigingen aan het beslagrecht », *R.W.*, 2000-2001, pp. 41 et s., sp. p. 48, nos 29 et 30 ; 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. pp. 75 à 85 ; G. de LEVAL, « Les nouveaux montants insaisissables », in *Le point sur les procédures (2e partie)*, Formation permanente C.U.P., vol. 43, 2000, pp. 351 à 364 ; E. DIRIX, « *Beslag* onder derden — actuelle ontwikkelingen en collec-

DBL5151.book Page 386 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

tre en péril le fragile équilibre entre les intérêts contradictoires de ce dernier, du créancier et du tiers-saisi (773).

Concrètement cependant, la protection du bénéficiaire de revenus insaisissables restait précaire lorsque ces revenus étaient versés sur un compte bancaire, ce qui est devenu la norme en raison de la généralisation de l'usage de la monnaie scripturale. Il était en effet très majoritairement soutenu que, sauf disposition légale contraire, la protection consacrée par le Code judiciaire « n'opère en principe qu'au stade de la créance originaire du bénéficiaire contre le débiteur. Elle ne s'applique pas à la somme payée qui se retrouve dans le patrimoine du créancier soit à l'état liquide, soit à l'état de créance » (774). Dès lors, en cas de versement d'une rémunération ou d'une indemnité de remplacement sur un

tieve dimension », in *Beslag- en executierecht*, Intersentia, 2001, pp. 43 et s., sp. n^{os} 1 à 7 ; relativement à la majoration des quotités insaisissables par enfant à charge, la mise en œuvre de la loi a été chaotique (voy. sur ce point notre étude « Saisie-arrêt : réformes et jurisprudence récentes », in *Saisies et astreinte*, Formation permanente C.U.P., vol. 65, 2003, pp. 85 à 152) ; en fin de compte, deux arrêtés royaux du 27 décembre 2004 ont été pris en application de la loi : le premier porte exécution des articles 1409, § 1er, alinéa 4, et 1409, § 1er*bis*, alinéa 4, du Code judiciaire relatif à la limitation de la saisie lorsqu'il y a des enfants à charge, le second fixe les règles gouvernant la charge de la preuve ainsi que les règles de procédures pour l'exécution de l'article 1409, § 1er, alinéa 4, et § 1er*bis*, alinéa 4, du Code judiciaire, (*M.B.*, 31 déc. 2004, 5^{e} éd.) ; nous nourrissons néanmoins quelques doutes quant à la praticabilité de la procédure mise sur pied qui, malgré sa confirmation par une loi du 30 mai 2005 (*M.B.*, 15 juin 2005), n'est toujours pas entrée en vigueur à la date du 31 décembre 2005 ; il est à craindre qu'une nouvelle intervention du législateur soit nécessaire.

(773) Citons deux propositions de loi visant à atténuer, sinon à supprimer purement et simplement, le régime exorbitant dont bénéfice le créancier d'aliments, à qui les limites à la saisissabilité posées par les articles 1409 à 1411 du Code judiciaire ne sont *de lege lata* pas opposables : proposition de loi du 4 juillet 2001 modifiant certaines lois en ce qui concerne le minimum de moyens d'existence et la saisissabilité de celui-ci (*Doc. parl.*, Ch. repr., n° 50-1332/1) ; il s'agissait essentiellement de n'autoriser le créancier d'aliments à saisir le minimex qu'en cas d'organisation d'insolvabilité ; voy. le rapport de Mme C. Burgeon sur le projet de loi concernant le droit à l'intégration sociale (*Doc. parl.*, Ch. repr., n° 50-1603/4) ; proposition de loi du 16 mars 2001 déposée par MM. Y. Mayeur et C. Burgeon modifiant l'article 1412 du Code judiciaire en vue d'établir un montant minimum vital insaisissable pour toutes les rémunérations et les prestations sociales (*Doc. parl.*, Ch. repr., n° 50-1157/1).

(774) G. de LEVAL, *Éléments de procédure civile*, 2^{e} éd., *op. cit.*, p. 375, n° 271 ; G. de LEVAL, *Traité des saisies*, *op. cit.*, p. 137, n° 79 ; adde *ibid.*, pp. 157 à 162, n° 84 et les nombreuses références citées en not. subp. n° 632 et p. 177, n° 91, C ; F. GEORGES, « Considérations sur la rémunération en tant qu'objet de recouvrement », in *Espace judiciaire et social européen*, Larcier, 2003, pp. 713 et s., sp. p. 720 ; C. HOUSSA, « La saisie-arrêt en matière bancaire », *op. cit.*, p. 60 ; E. DIRIX, « Beslag onder derden — Actuele ontwikkelingen en collectieve dimensie », in *Beslag- en executierecht — Naar een collectief beslagrecht*, Intersentia, 2001, pp. 43 et s., sp. pp. 47 et 48, n° 7 ; *R.P.D.B.*, v° Saisie-arrêt bancaire, *op. cit.*, pp. 836 et 837, n° 85 ; E. DIRIX et K. BROECKX, *Beslag*, *op. cit.*, p. 115, n° 166 ; C. HERINCKX et Th. LEONARD, « La saisie-arrêt et les opérations bancaires », *op. cit.*, pp. 64 à 70 ; A. WILLEMS, « Saisissabilité d'un compte bancaire ou postal alimenté par des salaires ou des pensions », *Chron. dr. soc.*, 1983, pp. 273 et s. ; F. HUISMAN et M. TROCLET, « La rémunération : saisie et cession », *J.T.T.*, 1983, pp. 41 et s., sp. p. 50, n° 100 ; A.-M. STRANART, « La saisie-arrêt », *op. cit.*, pp. 133 à 135 ; G. de LEVAL, *La saisie-arrêt*, *op. cit.*, p. 96, n° 64-D ; en doctrine française, P. RAYNAUD, « Jurisprudence française en matière de procédure civile », *Rev. trim. dr. civ.*, 1962, p. 565, 1972, p. 824 ; R. PERROT, « Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé », *Rev. trim. dr. civ.*, 1975, p. 162, 1976, p. 642, 1980, p. 172 ; R. PERROT et P. THÉRY, « Procédures civiles d'exécution, *op. cit.*, p. 230, n° 215 ; voy. encore récemment Bruxelles, 21 sept. 2004, *R.R.D.*, 2004, pp. 368 et s., Civ. Gand (sais.), 5 déc. 2000, *T.G.R.*, 2001, p. 37 et Liège (7^{e} ch.), 22 mai 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1689.

DBL5151.book Page 387 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

compte bancaire, leurs montants en deviennent saisissables dans leur totalité (775).

Rares furent les cas où la jurisprudence s'écarta de ce principe (776). La doctrine, minoritaire mais soucieuse de l'esprit de la loi, qui s'exprimait en sens contraire, n'apportait guère d'explications sur les moyens concrets d'assurer l'insaisissabilité des montants versés, à tout le moins lorsque le compte bancaire était le réceptacle d'autres sommes que les montants insaisissables (777). Certes, les sommes devaient être individualisées, mais comme le soulignaient justement MM. Herinckx et Léonard, « comment identifier les quotités insaisissables lorsque les sommes protégées sont au sein du compte mélangées à d'autres fonds d'origine différente ? Que se passera-t-il encore si de nombreux mouvements de fonds ont eu lieu (retraits, etc.) » (778).

---

(775) La protection de la rémunération contient une disposition assez singulière en l'article 3 de l'arrêté royal du 5 mars 1986 déterminant les modalités relatives au paiement de la rémunération en monnaie scripturale et à la cession ou la saisie de l'avoir du compte bancaire ou de chèques postaux auquel la rémunération du travailleur est virée ; cet article dispose :

« § 1er. Lorsque la rémunération du travailleur ou l'avoir de son compte bancaire ou de chèques postaux auquel sa rémunération est virée font l'objet d'une cession ou d'une saisie, l'employeur paie le travailleur, au choix de ce dernier, soit de la main à la main, soit par assignation postale ou par chèque circulaire.

§ 2. En cas de cession ou de saisie de l'avoir de son compte bancaire ou de chèques postaux auquel sa rémunération est virée, le travailleur communique à l'employeur, par lettre recommandée à la poste, au plus tard le quatrième jour ouvrable avant la date habituelle de paiement de la rémunération : 1) en cas de cession, soit une copie de la signification du transport faite au débiteur cédé, délivrée par ce dernier au travailleur et à la demande de celui-ci, soit un document délivré, à sa demande, au travailleur par le débiteur cédé attestant que l'avoir de son compte bancaire ou de chèques postaux fait l'objet d'une cession ; 2) en cas de saisie, une copie de la dénonciation de la saisie » ; comme nous l'avons vu antérieurement (voy. *supra*, nos 182 et 183), cette disposition est inutile au regard des principes applicables à la saisie des comptes, selon lesquels seul le solde existant au moment de la saisie tombe sous le coup de celle-ci.

(776) « Confrontée à des problèmes parfois dramatiques, la jurisprudence s'efforce parfois d'atténuer l'excessive rigueur des principes applicables en insistant sur l'esprit de la loi qui est incontestablement d'assurer un minimum vital au débiteur d'autant que la provenance des versements peut être identifiée à l'aide des extraits de compte » (G. de LEVAL, *Traité des saisies*, *op. cit.*, p. 161, n° 84-B) ; voy. Civ. Bruxelles (sais.), 13 janv. 1978, *J.T.T.*, 1978, p. 206 ; Civ. Liège (sais.), 6 mai 1981, J.L., 1981, pp. 381 et s., avec notes G. de LEVAL, « Saisie-arrêt des arriérés de pension alimentaire versés au c.c.p. d'un avocat » et R. RASIR, « La saisie-arrêt entre les mains d'un avocat. La légalité de la circulaire de l'ordre national des avocats de Belgique » ; Civ. Anvers (sais.), 8 mars 1984, *R.W.*, 1984-1985, pp. 615 et s., avec note I. BATAILLE et D. COECKELBERGH, « *Beslag* op niet of slechts gedeeltelijk voor beslag vatbare bedragen die het voorwerp uitmaken van een creditering op een bank- of postrekening » ; Liège (vac.), 1er sept. 2003, inédit, R.G. n° 2003/1165.

(777) J. BONCQUET et L. DECALUWE, « Loonbeslag en loonoverdracht », *Jur. Falc.*, 1987-1988, pp. 241 et s., sp. pp. 256 et 257 qui, à propos de la position minoritaire, écrivent, « Deze tweede stelling lijkt wel uitvoerbaar en billijk te zijn, hoewel de praktijk uitwijst dat het materieel onmogelijk is om in een rekening het voor beslag vatbaar gedeelte aan te wijzen, semer daar de theorie van het quasi-innoverend effekt schijnt bevestigt te worden door de wetgever » ; F. TOP, « Loonbeslag, loondelegatie en loonoverdracht ; problemen bij de evenredige verdeling », T.P.R., 1983, pp. 363 et s., sp. pp. 369 et 370, nos 14 et 15 ; X, « Le paiement du minimex par virement », Mouvement communal, 1989, nos 8-9, pp. 376 et 377.

(778) C. HERINCKX et Th. LEONARD, « La saisie-arrêt et les opérations bancaires », *op. cit.*, p. 67.

DBL5151.book Page 388 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

280. Intervention législative. Cette dilution, au sein du compte, des montants insaisissables à la source, pour inéluctable qu'elle fût dans la rigueur des principes, était néanmoins insatisfaisante socialement (779). Rien d'étonnant dès lors à ce que les assemblées parlementaires aient été saisies de propositions de loi tendant à y remédier (780). L'une d'entre elles a abouti, dans la foulée de la consécration du service bancaire de base (781). Il a été en effet signalé à plusieurs reprises que l'exclusion bancaire procédait également de la crainte de débiteurs de voir leurs revenus insaisissables néanmoins appréhendés par une saisie du compte (782).

Après un examen de cette nouvelle législation particulièrement technique, dont l'entrée en vigueur est attendue pour le 1er juillet 2007 au plus tard (A), nous prendrons quelque peu de recul en constatant qu'elle ne remet pas en question le fonctionnement du compte et l'effet de règlement d'un solde négatif qu'il permet (B).

(779) « Il faut donc se rendre à l'évidence, en l'état actuel des textes, le salaire semble être démuni de toute protection, ceci à l'encontre de la ratio legis de l'article 1409 du Code judiciaire, qui impose d'assurer en toute hypothèse au saisi, ainsi qu'à sa famille, un minimum vital » (A. WILLEMS, « Saisissabilité d'un compte bancaire ou postal alimenté par des salaires ou des pensions », *op. cit.*, p. 281) ; la proposition de loi à l'origine de la loi du 14 juin 2004 se justifiait, selon ses auteurs, par le fait que la protection déduite des règles d'insaisissabilité prévues par le Code judiciaire était « désormais battue en brèche par l'évolution de la société et des modes de paiement et de circulation de l'argent » (*Doc. parl.*, Sénat, sess. 2000-2001, n° 2-786/1, p. 1 ; adde le rapport fait au nom de la commission des Finances et des Affaires économiques du Sénat par Mme Vienne, *Doc. parl.*, Sén., n° 3-586/3, p. 3) ; enfin, un représentant de l'Association belge des banques a estimé que le renforcement de la protection des revenus insaisissables était une « préoccupation légitime » (Rapport fait au nom de la commission des Finances et des Affaires économiques par M. Siquet, *Doc. parl.*, Sénat, 2-786/5, p. 8).

(780) Deux autres initiatives parlementaires, déposées respectivement en 2001 et 2002, s'inscrivaient dans une perspective très proche de celle de la proposition de loi ayant conduit à la promulgation de la loi du 14 juin 2004 ; voy. la proposition de loi relative à la création de comptes bancaires sociaux et à l'insaisissabilité des sommes versées sur ces comptes, *Doc. parl.*, Ch. repr., n° 50-1555/001 et la proposition de loi modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne l'incessibilité et l'insaisissabilité des prestations familiales versées sur un compte, *Doc. parl.*, Ch. repr., n° 50-1950/001 ; il importe également de relever la proposition de loi déposée par MM. Lalieux et Picqué peu de temps avant que le gouvernement ne reprenne l'impulsion décisive de la réforme : proposition de loi modifiant le Code judiciaire afin de rendre les restrictions et les exclusions prévues aux articles 1409, 1409*bis* et 1410 du Code judiciaire applicables aux sommes déposées sur un compte bancaire et interdisant aux établissements de crédit d'opérer dans les limites de ces montants prévus toute compensation, novation ou paiement d'une créance qu'ils détiendraient à l'encontre de leurs clients, *Doc. parl.*, Ch. repr., n° 51-0344/001.

(781) Sur le service bancaire de base et la loi du 24 mars 2003 qui l'a consacré, voy. *supra*, n° 172.

(782) Selon l'Association belge des banques et des agents de change, « le plus souvent, l'exclusion bancaire ne trouve pas son origine dans un refus de la banque, mais dans la crainte d'une éventuelle saisie » (*La banque dans la société*, Rapport 2003 de l'Association belge des banques, p. 5 ; *adde* Rapport 2004, p. 7).

DBL5151.book Page 389 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

A. *Présentation de la réforme*

281. Processus parlementaire. Originellement, une proposition de loi « relative à la création de comptes bancaires sociaux et l'insaisissabilité des sommes versées sur ces comptes » fut déposée au Sénat par MM. Mahoux et Poty (783). Curieusement, la critique qui justifiait une telle initiative était assez limitée ; ses auteurs déploraient moins le fait qu'un montant insaisissable à la source perde cet attribut une fois versé sur un compte bancaire que la possibilité pour la banque à la fois créancière et débitrice de son client de profiter de la compensation (784).

Afin de modifier cet état de fait, les sénateurs proposaient la création d'un compte bancaire particulier, dénommé « compte social » où seraient exclusivement versées les sommes insaisissables et qui ne pourrait être le réceptacle d'aucune compensation (785). Si l'orientation de la proposition a été très substantiellement modifiée, le commentaire du texte originaire posait une question restée essentielle dans la réforme ici examinée : « Plus délicate est l'identification précise des sommes versées. Il est donc proposé que ce soit l'organisme payeur qui identifie ces sommes auprès de la banque. Toute somme non identifiée est supposée ne pas provenir de ces organismes et donc pouvoir faire l'objet d'une compensation » (786).

Rapidement, le caractère étriqué du texte proposé fut constaté par ses auteurs qui déposèrent un amendement aux termes duquel « aucune saisie ou mesures d'exécution forcée ou de nature conservatoire quelles qu'elles soient » ne pouvait être formalisée sur le compte social (787). Son examen par la commission des Finances et des Affaires économiques du Sénat suscita une réécriture plus fondamentale de la proposition de loi. Il fallait en effet tenir compte à la fois d'une initiative parlementaire

(783) *Doc. parl.*, Sén., sess. 2000-2001, n° 2-786/1.

(784) « […] s'il n'est pas possible pour un créancier de saisir une somme en deçà du minimum insaisissable, rien ne l'empêche par contre de faire jouer des mécanismes tels que la compensation. Bien que de tels mécanismes ne soient pas juridiquement assimilables à des saisies, le résultat économique en est le même. Le débiteur se trouve privé des ressources minimales qui lui permettraient de vivre. Ce problème se pose évidemment de manière cruciale dans les situations où la banque est créancière du débiteur en défaut, son client, et débitrice de ce même client parce que celui-ci a, sur son compte, une certaine somme à sa disposition, ou reçoit sur ce même compte un certain nombre de paiements, notamment les diverses allocations ou indemnités qui lui sont dues par une institution ou une mutuelle, par exemple » (*Doc. parl.*, Sénat, sess. 2000-2001, n° 2-786/1, pp. 1 et 2) ; les premières considérations émises par les auteurs du projet font peu de cas du prescrit de l'article 1298 du Code civil.

(785) Sur les difficultés, tant juridiques que techniques, qu'engendrerait la création de pareil compte particulier, voy. l'audition du représentant de l'Association belge des banques, reproduite in Rapport fait au nom de la commission des Finances et des Affaires économiques par M. Siquet, *Doc. parl.*, Sénat, 2-786/5, pp. 12 et 13).

(786) *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2000-2001, n° 2-786/1, p. 2.

(787) *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2000-2001, n° 2-786/2, p. 2.

DBL5151.book Page 390 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

parallèle, destinée à imposer la reconnaissance d'un service bancaire de base et devenue depuis lors la loi du 24 mars 2003 (788), et d'un avis rendu par le Conseil de la consommation (789).

Aussi, un meilleur agencement des textes en relation avec leurs objectifs respectifs s'imposait, telle la généralisation de la protection à tous les comptes bancaires par une neutralisation limitée de l'effet novatoire du compte (790). La commission du Sénat procéda par ailleurs opportunément à l'audition de représentants des milieux bancaires et consuméristes.

La représentante de l'association Test-Achats énonça les principes qui, selon elle et dans la ligne de l'avis du Conseil de la consommation, devaient guider le législateur dans son intervention : traitement identique de tous les revenus insaisissables, absence de discrimination entre les bénéficiaires de revenus, automaticité de la protection, opposabilité de cette dernière à tous les créanciers (791). On ne peut qu'approuver ces directives, que le représentant de l'Association belge des banques faisait également siennes dans une très large mesure (792). Le secteur bancaire n'était *a priori* pas demandeur d'une intervention législative en ce domaine, mais exprima son souhait qu'une solution équilibrée soit arrêtée (793).

(788) Sur cette loi, voy. *supra*, n° 172.

(789) *Doc. parl.*, Sénat, n° 2-786/3, p. 2.

(790) « Le caractère intégralement saisissable des revenus et allocations sociales versés sur un compte […] oblige les personnes faisant l'objet de saisies ou de l'exécution d'une cession de rémunération à recourir à des formes de paiement plus risquées qu'un virement : chèques circulaires, espèces. En effet, la protection accordée par la loi aux revenus insaisissables disparaît lorsque les revenus en question sont versés sur un compte bancaire. Techniquement, ceci est dû à la notion juridique de la novation. Les revenus, en principe insaisissables, deviennent donc, par le seul fait de leur versement sur un compte bancaire, intégralement cessibles et saisissables. Ils peuvent également faire l'objet d'une compensation. Pour éviter cela, la seule solution pour le débiteur est d'en demander le versement de la main à la main, avec les inconvénients et les risques inhérents (exclusion, vol, etc.) » (audition de Mme Domont-Naert, in Rapport fait au nom de la commission des Finances et des Affaires économiques par M. Siquet, *Doc. parl.*, Sénat, 2-786/5, p. 6) ; le représentant de l'Association belge des banques fit un constat identique (audition de M. De Brouwer, *ibid.*, pp. 8 et 18) ; notons incidemment qu'un des objectifs de la proposition était également de trouver une solution à l'insécurité des employés de La Postes (Rapport fait au nom de la commission des Finances et des Affaires économiques par M. Siquet, *Doc. parl.*, Sénat, 2-786/5, p. 21).

(791) Audition précitée de Mme Domont-Naert, p. 7 ; l'automaticité de la mesure n'a pas été complètement retenue dans la loi, puisqu'une initiative doit être prise par le débiteur saisi pour assurer l'effectivité de la protection.

(792) Ainsi, le représentant de l'A.B.B. s'est dit partisan d'une « solution qui vaut vis-à-vis de l'ensemble des créanciers (banques et tiers) sauf pour les exceptions déjà prévues par la loi (loi relative au règlement collectif de dettes, en cas de non-paiement de pensions alimentaires). Toute compensation par la banque doit également être exclue lorsqu'il y a saisie ou cession au sens du Code judiciaire » (audition de M. De Brouwer, p. 10) ; la compensation continue néanmoins de poser problème, comme on le verra *infra*.

(793) Audition précitée, pp. 8 et 9.

DBL5151.book Page 391 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

Cette initiative parlementaire devint projet de loi lors de sa transmission à la Chambre (794), mais la dissolution des assemblées législatives en 2003 le frappa de caducité. Il en fut relevé par une loi du 8 décembre 2003 (795). Lors de la discussion en commission de la Justice de la Chambre (796), y furent jointes deux propositions de loi. Outre celle, déjà citée, relative à l'incessibilité et l'insaisissabilité des prestations familiales versées sur un compte, on insiste sur celle déposée par M. Picqué et Mme Lalieux (797), qui entendait remettre fondamentalement en question la compensation, à l'intérieur du compte, entre le solde négatif de celui-ci et le crédit de sommes insaisissables à la source (798).

En séance publique de la Chambre des représentants, le projet fut approuvé à l'unanimité et transmis au Sénat (799). Celui-ci y apporta deux amendements et des corrections de texte (800), puis le projet revint une ultime fois devant la Chambre des représentants (801). Le 13 mai 2004, ce projet fut à nouveau voté à l'unanimité des députés (802).

---

(794) Projet de loi relatif à l'insaisissabilité des montants prévus aux articles 1409, 1409*bis* et 1410 du Code judiciaire lorsque ces montants sont versés sur un compte bancaire, *Doc. parl.*, Ch. repr., n° 50-2403/1.

(795) *M.B.*, 19 déc. 2003 ; voy. le projet de loi relatif à l'insaisissabilité des montants prévus aux articles 1409, 1409*bis* et 1410 du Code judiciaire lorsque ces montants sont versés sur un compte bancaire, *Doc. parl.*, Ch. repr., n° 51-0639/001.

(796) Rapport fait au nom de la commission de la Justice par M. A. PERPETE, *Doc. parl.*, Ch. repr., n° 51-0639/006 ; lors de son exposé introductif, Mme le ministre de la Justice déclara : « Ce projet constitue à n'en pas douter un réel progrès, tant social que juridique. Il assurera en effet une plus grande effectivité à la protection des revenus des citoyens en cas de saisie, en supprimant une conséquence injuste de l'effet de la novation lorsque des sommes protégées sont versées sur un compte bancaire. Il fera par ailleurs disparaître une cause importante de l'exclusion bancaire, contre laquelle il importe de lutter, aujourd'hui encore plus qu'hier » (*loc. cit.*, p. 7).

(797) Proposition de loi modifiant le Code judiciaire afin de rendre les restrictions et les exclusions prévues aux articles 1409, 1409*bis* et 1410 du Code judiciaire applicables aux sommes déposées sur un compte bancaire et interdisant aux établissements de crédit d'opérer dans les limites de ces montants prévus toute compensation, novation ou paiement d'une créance qu'ils détiendraient à l'encontre de leurs clients, *Doc. parl.*, Ch. repr., n° 51-0344.

(798) « La principale originalité de la proposition par rapport au projet relevé de caducité est donc de faire en sorte que les montants protégés ne fassent pas l'objet d'une compensation, légale ou conventionnelle, au bénéfice du dépositaire. Pour ce faire, toute clause contractuelle qui aurait pour effet d'opérer une compensation ou qui ferait renoncer le dépositaire au bénéfice de l'article 1293, 3°, du Code civil serait déclarée nulle et non écrite. En d'autres termes, les banques ne pourraient opérer une compensation sur les sommes déposées, même lorsque celle-ci est prévue dans un contrat passé entre elle et le client » (Rapport fait au nom de la commission de la Justice par M. A. PERPETE, *Doc. parl.*, Ch. repr., n° 51-0639/006, p. 8).

(799) Séance plénière de la Chambre des représentants du 25 mars 2003, C.R.A., Ch. repr., 2003-2004, n° 57, p. 11.

(800) Projet de loi relative à l'insaisissabilité et à l'incessibilité des montants prévus aux articles 1409, 1409*bis* et 1410 du Code judiciaire lorsque ces montants sont crédités sur un compte à vue, *Doc. parl.*, Sén., sess. 2003-2004, n° 3-586/1 ; voy. le rapport fait au nom de la commission des Finances et des Affaires économiques par Mme Vienne, *Doc. parl.*, Sén., n° 3-586/3.

(801) *Doc. parl.*, Ch. repr., n^{os} 51-639/09 et 51-639/10.

(802) Séance plénière de la Chambre des représentants du 13 mai 2003, C.R.A., Ch. repr., 2003-2004, n° 64, p. 37.

DBL5151.book Page 392 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

Ce parcours législatif déjà sinueux donna naissance à une loi du 14 juin 2004 « relative à l'insaisissabilité et à l'incessibilité des montants prévus aux articles 1409, 1409*bis* et 1410 du Code judiciaire lorsque ces montants sont crédités sur un compte à vue » (803). Selon les termes de son article 5, l'entrée en vigueur de cette législation était tributaire d'une intervention gouvernementale mais était attendue le 1er juillet 2005 au plus tard.

Il en fut cependant décidé autrement par le truchement d'une loi-programme (804). Son exposé des motifs révèle que si la concertation avec l'Association belge des banques s'était parfaitement déroulée, c'est lors de l'élaboration de l'avant-projet d'arrêté royal d'application que « plusieurs problèmes d'ordre technique et juridique sont apparus » (805). Ces difficultés étaient relatives à la situation des débiteurs des sommes protégées à la source (806). Pour prévenir « une réelle insécurité juridique », l'entrée en vigueur de la loi du 14 juin 2004 fut donc postposée au 1er janvier 2007 au plus tard par les articles 2 et 3 de la loi du 20 juillet 2005 portant des dispositions diverses, étant entendu que le délai supplémentaire devait être mis à profit pour organiser « une large campagne de sensibilisation auprès de toutes les personnes qui seront amenées à indiquer un code lorsqu'ils effectueront des versements ».

Entre-temps, la Ministre de la justice avait sollicité du Conseil National du Travail un avis relativement à la mise en œuvre de la réforme de 2004, qui intervint le 9 novembre 2005 (807). Il fut alors décidé de remettre l'ouvrage sur le métier. Aussi, s'en allant gagner les limbes du Palais de la Nation, la loi du 14 juin 2004 fut purement et simplement abrogée par une seconde loi-programme du 27 décembre 2005, qui en reproduit néanmoins l'essentiel de la substance, à quelques

(803) *M.B.*, 2 juill. 2004, 2e éd.

(804) Loi du 20 juillet 2005 portant des dispositions diverses (*M.B.*, 29 juill. 2005).

(805) Projet de loi portant des dispositions diverses, *Doc. parl.*, Ch. repr., n° 51-1845/001, sp. pp. 7 à 9 et p. 224.

(806) « Il s'agit notamment de secrétariats sociaux, des syndicats, d'institutions de sécurité sociale, d'administrations, qu'elles soient fédérales, communautaires ou régionales, mais aussi provinciales ou communales. De nombreux employeurs devront également appliquer eux-mêmes cette réglementation, sans l'intervention d'un secrétariat social. Il est par ailleurs nécessaire de laisser aux personnes concernées le temps d'adapter leurs modes de fonctionnement, et en particulier leurs programmes informatiques, pour leur permettre de faire face à la réforme » (Projet de loi portant des dispositions diverses, *Doc. parl.*, Ch. repr., n° 51-1845/001, sp. p. 9).

(807) Cet avis n° 1.531 est disponible sur le site du Conseil National du Travail (http://www.cnt-nar.be), ainsi qu'en annexe du Rapport fait au nom de la Commission de la justice de la Chambre des Représentants par M. J.-P. MALMENDIER, *Doc. parl.*, Ch. repr., n° 51-2098/027, pp. 11 à 18.

DBL5151.book Page 393 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

importantes réserves près [808]. Il incombe au Roi de fixer la date d'entrée en vigueur des dispositions réformées, laquelle aura lieu au plus tard le 1er janvier 2007.

Ces multiples rebondissements, dont certains nous paraissent critiquables pour avoir consacré, ainsi que nous le verrons, une solution anticonstitutionnelle, n'amoindrissent cependant pas l'importance que cette réforme revêt pour la présente recherche.

Distinguons les traits fondamentaux de cette réforme (1) de sa mise en œuvre concrète (2)

1° Principe et modalités du report d'insaisissabilité

282. Report d'insaisissabilité et d'incessibilité. Aux termes du nouvel article 1411*bis*, § 1er, du Code judiciaire, les restrictions et exclusions prévues aux articles 1409, 1409*bis* et 1410 sont également d'application si les montants visés par ces articles sont crédités sur un compte à vue ouvert auprès d'un établissement de crédit visé à l'article 1er de la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit. Un *report d'insaisissabilité* est donc prévu en cas de versement sur un *compte à vue* de montants revêtus de cette qualité.

Jusqu'à l'abrogation de la loi du 14 juin 2004 et son remplacement par les dispositions de la loi fourre-tout du 27 décembre 2005, la philosophie de la réforme nous paraissait très claire : il s'agissait, par une limitation de l'effet novatoire du compte, d'instaurer un report de l'insaisissabilité telle qu'elle est déterminée, à la source, par les articles 1409 à 1412 du Code judiciaire [809]. Ainsi, en assortissant le transfert scriptural d'un code, dont nous détaillerons la technique ci-après, l'insaisissabilité était simplement *reportée* et ne pouvait être *renforcée* par rapport à ce qu'elle était à la source.

Tel n'est plus parfaitement le cas en l'état des textes insérés dans le Code judiciaire par la loi-programme de décembre 2005. L'article 1411*ter*, § 3, nouveau écarte en effet expressément l'application de l'article 1411 qui impose, lorsqu'un débiteur saisi bénéficie à la fois de sommes visées aux articles 1409, 1409*bis* et 1410, §1er, du Code judiciaire, le cumul de ces montants pour déterminer la quotité cessible ou saisissable. Pareil cumul relève de l'essence même de la protection partielle et dégressive

(808) Voy. spéc. les articles 2 à 9 et 11 de la loi du 27 décembre 2005 portant des dispositions diverses (*M.B.* 30 déc. 2005, 2e éd.) ; les exposés des motifs intéressant ce sujet se trouvent in *Doc. parl.*, Ch. repr., n° 51-2098/001, sp. pp. 8-13).

(809) Pour une illustration antérieure d'un report d'insaisissabilité, voy. l'article 59 de la loi sur les assurances terrestres : « En cas de faillite de l'assuré, l'indemnité revient à la masse faillie. Si, toutefois, certains des biens assurés sont insaisissables, l'indemnité due en vertu du contrat d'assurance de ces biens revient au failli ».

DBL5151.book Page 394 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

consacrée par la loi belge (810). Il ne peut en effet être question de multiplier les montants insaisissables au prix d'une ségrégation artificielle des sources de revenus, que ces derniers proviennent du travail ou d'une allocation sociale au sens large.

L'écartement de ce principe fondamental a pourtant rencontré les assentiments convergents du Conseil National du Travail et du gouvernement, afin de donner une solution, selon les termes de ce dernier, « à ce qui peut être considéré comme une incohérence, soit l'application conjointe des articles 1411 et 1411*ter*, § 2 (nouveau) du Code judiciaire lorsque plusieurs montants partiellement saisissables sont versés sur un compte au cours d'un même mois » (811).

Dans pareille hypothèse, toujours selon le gouvernement, « la question était de savoir comment appliquer ces dispositions. D'abord le cumul puis le *pro rata temporis* ou l'inverse ? Les deux solutions présentent des inconvénients. Dans le premier cas (d'abord le cumul puis le *pro rata temporis*), le problème qui se pose est qu'après le cumul, il est impossible d'encore fixer une date servant de point de départ au calcul pro rata temporis. Dans le second cas (d'abord le pro rata temporis pour les montants séparés et ensuite le cumul), on observe une diminution de la protection du débiteur. Le problème est ici résolu : la réglementation relative au cumul, visée à l'article 1411, n'est plus appliquée aux montants crédités sur un compte à vue. Il s'agit de la solution suggérée par le Conseil National du Travail » (812).

Dès lors, si une saisie est opérée à la source entre les mains d'un même employeur qui verse deux rémunérations au même débiteur saisi, ou entre les mains de deux employeurs différents du même débiteur saisi, le cumul de ces rémunérations s'impose pour en déterminer les montants saisissables et les montants protégés. Au contraire, si la saisie est faite entre les mains de l'établissement de crédit apériteur du compte sur lequel ces rémunérations sont versées, elles bénéficieront chacune individuellement du système de protection du Code judiciaire, leur cumul étant interdit. Par ailleurs, d'un autre point de vue, comme l'a

(810) Voy. *supra*, n° 279 et les références citées.

(811) Rapport fait au nom de la Commission de la justice de la Chambre des Représentants par M. J.-P. MALMENDIER, *Doc. parl.*, Ch. repr., n° 51-2098/027, p. 16.

(812) *Doc. parl.*, Ch. repr., n° 51-2098/001, sp. p. 11 ; la justification du Conseil National du Travail ne nous paraît pas plus satisfaisante : « le Conseil estime que l'application conjointe des règles du cumul et de celles du calcul *pro rata temporis* lorsque plusieurs montants partiellement saisissables sont crédités sur un compte à vue au cours d'un même mois est inadéquate car elle ne tient pas compte de la spécificité du système de protection des revenus développé par la loi du 14 juin 2004 précitée. En effet, en cas de saisie au cours d'un mois, un calcul proportionnel devra être réalisé, le calcul de la partie du solde insaisissable ou incessible du compte à vue se faisant au prorata du nombre de jours restants. En d'autres termes, la loi du 14 juin 2004 a mis en place un système de protection à caractère dynamique auquel il est difficile d'appliquer la règle du cumul » (Rapport MALMENDIER précité, p. 16) ; la « spécificité du système » n'est que pure technique et le « caractère dynamique » de la protection ne nous paraît en rien incompatible avec l'application de la règle du cumul.

DBL5151.book Page 395 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

très justement fait remarquer un député en Commission de la Justice de la Chambre, « en retenant la solution du projet de loi, il se pourrait qu'une personne ayant deux mi-temps et gagnant plus qu'une personne travaillant à temps plein soit mieux protégée. Il y a donc clairement une discrimination » (813).

La Ministre de la justice a estimé que l'écartement du cumul était « absolument nécessaire pour éviter un vrai problème d'application » et a affirmé n'être « pas convaincue » de l'existence d'une « discrimination dans la mesure où il existe un critère objectif de différenciation » (814). Ces arguments ne nous convainquent aucunement. Nous cherchons vainement un tel critère objectif de différenciation : en quoi le recours à la monnaie scripturale justifie-t-il une insaisissabilité accrue par rapport à la richesse qu'elle était à la source ? Quant au problème technique, nous estimons qu'il était possible de le surmonter, ainsi que nous le monterons, exemple chiffré à l'appui, dans la suite de nos développements (815).

Incidemment, relevons qu'au regard de l'insistance du gouvernement à rattacher la difficulté au fait que « plusieurs montants sont créditées sur le compte à vue à différents moments au cours du même mois » (816), l'écartement pur et simple de l'article 1411 va au-delà de la *ratio legis* dans l'hypothèse où les sommes d'origines différentes seraient versées le même jour.

À nos yeux, pareil écartement de la règle du cumul, pourtant inhérente au système belge de protection partielle et dégressive, pourrait susciter avec certaines chances de succès un recours devant la Cour d'arbitrage. En tout état de cause, une mesure de recouvrement opérée à la source de façon concomitante entre toutes les mains nécessaires, doublée de l'intermédiation de l'huissier de justice afin d'éviter toute difficulté au tiers saisi, maintiendra au créancier le profit de la règle du cumul.

Abstraction faite du problème du cumul, il reste certain, à défaut d'autre modification aussi inopportune qu'anticonstitutionnelle à nos

(813) Intervention de M. M. WATHELET, in Rapport MALMENDIER précité, p. 8.

(814) Rapport MALMENDIER précité, pp. 7 et 8 ; le Président de la Commission s'est exprimé en faveur de la position soutenue par la Ministre de la justice en précisant que « deux revenus d'emplois à temps partiel sont également traités différemment sur le plan fiscal que le revenu d'un emploi à temps plein. Là aussi il semblerait donc qu'il y ait une différence de traitement objective » (*ibidem*, p. 8) ; nous ne sommes pas de cet avis ; le traitement fiscal différencié n'est en effet que provisoire en ce qu'il intervient au stade du prélèvement du précompte professionnel ; le travailleur employé par deux employeurs différents paiera *in fine* le même impôt que celui qui promérite une seule rémunération au montant brut identique à celui auquel aboutit le cumul des deux rémunérations ; au demeurant, pour éviter de mauvaises surprises au travailleur qui a deux employeurs, le montant de la retenue du précompte sur un des deux salaires peut être modifié à la hausse sur demande du travailleur.

(815) Voy. *infra*, n° 290.

(816) Projet de loi portant des dispositions diverses, *Doc. parl.*, Ch. repr., n° 51-2098/001, sp. pp. 9 et 11.

DBL5151.book Page 396 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

yeux, que les revenus qui sont partiellement saisissables à la source restent partiellement saisissables lorsqu'ils sont versés sur un compte bancaire. Il en sera ainsi même en l'absence de saisie-arrêt en amont, entre les mains de l'employeur par exemple. Par ailleurs, bénéficiant du prescrit de l'article 1412 du Code judiciaire, le créancier d'aliments pourra saisir la totalité du solde créditeur révélé par le compte en banque, à l'exception des montants visés à l'article 1410, § 2, 7° et 8°, du Code judiciaire. On croit utile de préciser, si besoin en est, que seule une personne physique peut jouir de ce report d'insaisissabilité (817).

Enfin, comme on le sait, les montants insaisissables sont également incessibles. La protection voulue par le Code judiciaire vaut également lorsque la mesure de recouvrement n'est pas une saisie, mesure conservatoire ou voie d'exécution, mais une cession de créance. L'assimilation a été poursuivie par le législateur lorsque les montants ont été versés sur un compte à vue. Dès lors, en cas de cession du solde du compte à vue mise en œuvre par un créancier du titulaire de ce compte (818), les articles 1411*bis* et suivants seront d'application. Nous ignorons pour notre part si les établissements de crédit se voient souvent notifier des cessions de créance visant à appréhender le solde d'un compte à vue (819).

(817) Il est majoritairement admis que les articles 1408 et suivants du Code judiciaire ne protègent pas les personnes morales (G. de LEVAL, *Traité des saisies*, *op. cit.*, p. 127, n° 70 ; R.P.D.B., v° Saisies — Généralités, *op. cit.*, p. 523, n° 18 et p. 531, n° 71) ; *de lege ferenda*, il serait peut-être opportun d'amender la rigueur du principe, spécialement dans les hypothèses de saisie de matériel d'équipement professionnel et de revenus perçus par les titulaires d'une profession libérale exercée en société ; comp., en droit français, la position de M. Salati dans son commentaire du nouvel article 46 du décret n° 92-755 du 31 juillet 1992 : « La lettre du texte n'établit aucune distinction entre le débiteur personne physique ou personne morale, mais le décret du 11 septembre 2002 vise l'accès aux sommes « à caractère alimentaire » figurant sur le compte. On peut donc douter qu'une personne morale s'en prévale car on imagine mal une situation concrète où elle pourrait invoquer le caractère « alimentaire » des sommes inscrites sur son compte. Néanmoins, en théorie, les nouvelles dispositions ne l'excluent pas » (O. SALATI, « Présentation du décret du 11 septembre 2002 instituant un dispositif d'accès urgent aux sommes à caractère alimentaire figurant sur un compte saisi », *Droit et procédures* — Rev. Huiss. Just. (fr.), 2003, n° 1, pp. 4 et s., sp. p. 5, n° 5).

(818) Un sous-amendement n° 10 à l'amendement n° 2 du Gouvernement, reprenant une suggestion de l'Association belge des banques, se justifiait par le fait que « ce n'est pas le compte qui est cédé, mais la créance » (*Doc. parl.*, Ch. repr., n° 51-0639/003, p. 4 ; Rapport PERPETE, *op. cit.*, pp. 16 et 29) ; ce sous-amendement a été adopté par la Commission de la Chambre (Rapport PERPETE, *op. cit.*, p. 23) sans que le texte de l'article 1411*bis*, § 2, concerné par l'amendement, soit concrètement modifié ; l'article 1411*quater*, § 1er, alinéa 2, appréhende plus judicieusement « *la cession d'une somme créditée sur un compte à vue* » ; on constate donc une absence d'uniformité terminologique dans la réforme.

(819) L'article 5, § 6, de la loi du 12 avril 1965, par ailleurs modifié par la loi du 27 décembre 2005 (voy. *infra*, n° 298), appréhendait déjà l'hypothèse de la « cession » d'un compte bancaire, en imposant un versement « de la main à la main, par assignation postale ou par un autre mode de paiement déterminé par le Roi…lorsque la rémunération des travailleurs ou le compte bancaire ou de chèques postaux où est versée leur rémunération fait l'objet d'une saisie ou d'une cession ».

DBL5151.book Page 397 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

283. Versement sur un compte à vue. Seuls les montants alimentant un compte à vue voient leur insaisissabilité maintenue après leur versement scriptural. Comme nous l'avons déjà remarqué (820), le législateur se réfère souvent au concept du compte à vue, bien qu'il n'en offre aucune définition. Les distinctions entre les différents comptes bancaires résultent essentiellement de contributions doctrinales, qui mettent particulièrement l'accent sur la singularité du compte courant par rapport aux autres comptes. On suppose que l'absence de définition légale ne sera pas une cause de controverses. Au regard de l'interprétation stricte qui doit guider la lecture des normes consacrant une insaisissabilité (821), il ne peut être question d'étendre la protection aux sommes versées sur un compte d'épargne.

284. Organisme apériteur du compte. Nonobstant la référence quelque peu réductrice à la notion d'établissement de crédit, il doit être déduit des paragraphes 4 et 5 de l'article 1411*bis*, qui se réfèrent, quant à eux, à la notion d'organisme financier, que les comptes à vue ouverts auprès de La Poste sont également visés par le texte, même si cette dernière, contrairement à la Banque de la Poste, n'est pas expressément un établissement de crédit au sens de l'article 1er de la loi du 22 mars 1993 (822).

285. Mention d'un code lors de versement de sommes protégées. La limitation de l'effet novatoire du compte à vue suppose que l'on puisse distinguer, au sein du compte bancaire, l'origine des fonds qui s'y trouvent (823). C'est l'objectif rencontré par la traçabilité : « La mise en œuvre du principe de l'insaisissabilité peut être réalisée par l'octroi d'un ou de plusieurs code(s) aux revenus protégés versés sur un compte bancaire, afin de garantir leur traçabilité. Au départ, ces codes de paiement de revenus protégés seront attribués par les organismes de paiement et uniquement ces organismes ; le codage permettant ensuite à la banque d'identifier immédiatement les revenus protégés et de communiquer ces informations à ceux qui pratiquent une saisie ou une cession » (824).

---

(820) Voy. *supra*, n° 144.

(821) G. de LEVAL, *Traité des saisies*, *op. cit.*, p. 97, n° 54.

(822) Deux amendements nos 11 et 12 déposés par M. Courtois et consorts ont fait écho à la suggestion du représentant de l'Association belge des banques en substituant dans l'article 1411*bis*, §§ 4 et 5, la notion d'institution financière à celle d'établissement de crédit, afin de viser expressément la Poste ; voy. l'intervention de M. I. VAN BULCK, in Rapport fait au nom de la commission de la Chambre par M. PERPETE, *op. cit.*, p. 30 ; *contra*, M. DE THEIJE, « De wet van 14 juni 2004 betreffende de onbeslagbare en onoverdraagbare tegoeden op zichtrekening », *R.W.*, 2004-2005, pp. 721 et s., sp. p. 722, n° 4, qui estime la précision superflue, mais qui nous paraît confondre La Poste et la Banque de la Poste.

(823) L'insertion dans le Code judiciaire d'un nouvel article 1411*bis* est ainsi justifiée : « Dès que des créances saisissables et insaisissables coexistent sur un même compte bancaire, la protection cesse car les créances insaisissables ne sont plus déterminables en tant que telles […].C'est pourquoi, afin de supprimer l'effet novatoire du compte courant et de suppléer aux aménagements limités de la jurisprudence, cet amendement garantit l'insaisissabilité des créances prévues aux articles 1409 et suivants et ce, même lorsqu'elles sont payées par l'intermédiaire d'un compte bancaire » (*Doc. parl.*, Sénat, n° 2-786/3, pp. 2 et 3).

(824) *Doc. parl.*, Sénat, n° 2-786/3, p. 4.

DBL5151.book Page 398 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

En application de cette idée, le quatrième paragraphe de l'article 1411*bis* du Code judiciaire impose en principe aux différents débiteurs de montants protégés à la source de communiquer un code à leur établissement de crédit, lequel le communiquera à son tour à l'établissement de crédit auprès duquel est ouvert le compte à vue du débiteur, potentiel saisi. Le troisième paragraphe de cette même disposition délègue au Roi le pouvoir de déterminer, par arrêté délibéré en Conseil des Ministres, les modalités qui permettent d'indiquer un code particulier en regard des montants visés aux articles 1409, 1409*bis* et 1410 au moment de l'inscription de ces montants au crédit du compte à vue.

Sans préjudice des dérogations à l'obligation de communiquer un code, qui sont envisagées immédiatement ci-après, il convient d'attirer d'ores et déjà l'attention du lecteur sur l'interférence de dispositions probatoires prévues à l'article 1411*bis*, § 2, du Code judiciaire, que nous étudierons dans un paragraphe ultérieur (825). Bornons-nous ici à signaler que l'une de ces dispositions, sans dispenser les employeurs de l'obligation de faire mention d'un compte lors du versement de la rémunération à leur travailleur, consacre une présomption réfragable de protection partielle des montants versés.

286. Dérogations. Deux exceptions existent à l'obligation, dans le chef du débiteur des revenus protégés, d'assortir le versement de ceux-ci d'un code révélateur de leur qualité. En premier lieu, conscient de ce que certaines sommes insaisissables sont versées au débiteur saisi par des personnes dont on ne peut raisonnablement attendre qu'elles assortissent leur paiement scriptural d'une telle mention, l'article 1411*bis*, § 4, du Code judiciaire, dispense expressément de cette obligation les débiteurs de pensions alimentaires et de revenus protégés par l'article 1409*bis* du même Code (826).

En second lieu, en vertu de l'article 1411*bis*, § 3, alinéa 2, l'indication d'un code ne s'applique pas aux inscriptions au crédit d'un compte à vue faisant suite à un versement en espèces, sauf dans les cas et selon les modalités déterminés par le Roi. Cette disposition est le résultat d'un compromis (827). Il avait d'abord été proposé, afin de réduire encore les transports de fonds par les facteurs, de supprimer purement et simplement le report d'insaisissabilité lorsque les fonds étaient remis à l'état fiduciaire à l'organisme bancaire pour compte du bénéficiaire (828). Il fut cependant constaté que certains employeurs exécutaient souvent de la sorte leurs obligations salariales, ce qui aurait provoqué une discrimination injusti-

(825) Voy. *infra*, n° 297.

(826) Sur les sommes protégées par l'article 1409*bis* et les conditions d'application de cette disposition, voy. G. de LEVAL, « Saisie des meubles incorporels », *op. cit.*, pp. 94 à 100.

(827) Voy. les amendements n^{os} 9, 14 et 16 ainsi que le rapport fait au nom de la commission de la Justice de la Chambre par M. PERPETE, *Doc. parl.*, n° n° 51-0639/006, pp. 13 à 15.

(828) Amendement n° 9 de MM. COURTOIS et TAELMAN, *Doc. parl.* Ch. repr., n° 639/003, p. 3.

DBL5151.book Page 399 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

fiable pour leurs travailleurs. Le gouvernement souhaitait donc se borner à exclure de la protection les fonds versés en espèces sur le compte à vue par le titulaire lui-même de ce compte (829). Finalement, il fut décidé d'exclure en principe de la protection les sommes versées en espèce, tout en confiant au Roi le soin de déterminer les exceptions à ce principe (830).

L'article 2 d'un avant-projet d'arrêté royal d'exécution, rédigé avant la réforme de décembre 2005, dispose que « lorsqu'un montant visé aux articles 1409, 1409*bis*, ou 1410 du Code judiciaire est crédité sur un compte à vue ouvert auprès d'un organisme financier par la voie d'un versement en espèces, s'il n'est pas le titulaire du compte, le donneur d'ordre communique le code visé à l'article 1er à l'organisme financier qui le mentionne en regard du montant crédité ». L'intervention du pouvoir exécutif est assez minimaliste, au regard des problèmes évoqués dans le rapport de la commission de la Chambre des représentants.

287. Communication du code. Afin d'assurer la transmission des informations, l'article 1411*bis*, § 4, du Code judiciaire, impose au donneur d'ordre d'un paiement sur un compte à vue des sommes visées aux articles 1409 et 1410, §§ 1er, 2° à 8°, et 2, du même Code, de communiquer le code à son organisme financier, qui le communique à son tour à l'établissement de crédit auprès duquel ce compte à vue est ouvert. Remarquons au passage que le débiteur des sommes protégées n'est pas censé savoir si le compte que le destinataire des fonds lui indique est ou non un compte à vue. Selon nous, il ne pourra être reproché à un employeur, par exemple, de généraliser l'indication de la protection qui s'attache en principe à ces sommes ; si l'avoir bancaire s'avérait être localisé sur un compte-épargne, les informations fournies par l'organisme de crédit permettront d'éviter toute erreur.

Aux termes de l'article 1er de l'avant-projet d'arrêté royal précité, « lorsqu'un montant visé aux articles 1409, 1409*bis* ou 1410 du Code

(829) Amendement n° 14 du gouvernement, *Doc. parl.*, Ch. repr., n° 639/004 : « Le n° 3 de l'amendement vise à lutter contre un risque de fraude de la part du titulaire du compte, qui effectuerait des versements en espèces sur son propre compte en décidant d'y attribuer un code particulier. Sous réserve de cette exception, il importe de maintenir le principe selon lequel les versements en espèce au guichet d'une banque doivent, lorsqu'ils ont pour objet des revenus protégés, être accompagnés d'un code. En effet, la situation se présente régulièrement en pratique de PME dont les gérants, craignant les saisies-arrêt sur les comptes de la société, conservent de l'argent liquide et paient les salaires directement au guichet de la banque, sur le compte des salariés. Il serait injuste et discriminatoire de priver les salariés de ces PME du caractère automatique de la protection. En outre, plusieurs raisons justifient que les personnes qui effectuent des versements de sommes insaisissables en espèces au guichet soient également tenues d'attribuer un code aux montants insaisissables à l'occasion de ce versement ».

(830) « Il [est] prévu que les versements en espèces ne doivent en principe pas être assortis d'un code. Il est néanmoins apparu que dans certaines hypothèses (paiement par l'employeur au guichet, paiement par chèque circulaire, [...]) la communication d'un code était nécessaire afin de garantir l'automaticité de la protection. Il est donc prévu que le Roi déterminera, pour les versements en espèce, les hypothèses et les modalités qui permettront qu'un code soit mentionné au regard de ces versements. Ces modalités particulières auront pour but de démontrer que les sommes qui sont versées sont bien des sommes protégées au sens des articles 1409, 1409*bis* et 1410 du Code judiciaire » (Am. n° 16, *Doc. parl.*, Ch. repr., n° 639/005, pp. 1 et 2).

DBL5151.book Page 400 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

judiciaire est crédité sur un compte à vue ouvert auprès d'un organisme financier par la voie d'un virement, il est mentionné sur le formulaire de virement, dans les premières positions de la zone de communication libre et avant toute autre communication, les caractères /A/ ou /B/, suivis d'un espace, respectivement pour les revenus partiellement ou totalement insaisissables ou incessibles ».

Enfin, l'information est accessible au bénéficiaire des revenus protégés puisque le code particulier doit être mentionné sur l'extrait du compte à vue (article 1411, § 3, alinéa 1er, du Code judiciaire). En cas de saisie, le débiteur saisi pourra se prévaloir de ce renseignement pour vérifier l'exactitude du calcul des portions saisissable et insaisissable du solde du compte bancaire.

288. Sanctions. Afin d'assurer l'effectivité des normes qu'il consacre, le législateur assortit naturellement ces dernières de sanctions. On distingue le cas du donneur d'ordre qui n'attribue pas de code alors qu'il verse des montants protégés, de celui qui, frauduleusement, mentionne un code alors que les sommes versées ne sont pas protégées.

Le donneur d'ordre qui néglige d'attribuer un code particulier ou qui néglige de communiquer ce code à son organisme financier est puni d'une amende de 200 à 5 000 euros. Dans la suite logique des dérogations qu'il consacre en faveur de certains débiteurs de revenus insaisissables, cette sanction pénale ne s'applique évidemment pas aux donneurs d'ordre de sommes visées aux articles 1409*bis* et 1410, § 1er, 1°, du Code judiciaire (art. 1411*bis*, § 5, du Code judiciaire).

Le donneur d'ordre qui attribue frauduleusement un code à des montants autres que ceux visés aux articles 1409, 1409*bis* ou 1410 est puni d'une amende identique de 200 à 5 000 euros (article 1411*bis*, § 5, du Code judiciaire). Par ailleurs, cité à cette fin devant le juge des saisies, ce donneur d'ordre peut être déclaré débiteur, en tout ou en partie, des causes de la saisie ou de la cession, ainsi que des frais de celle-ci, sans préjudice des dommages et intérêts envers la partie s'il y a lieu (article 1411*bis*, § 6, du Code judiciaire). À l'évidence, cette sanction s'inspire de celle qui frappe le tiers saisi lorsque ce dernier ne collabore pas loyalement à la mesure de saisie-arrêt. Son caractère facultatif et, partant, le souverain pouvoir d'appréciation du juge des saisies, doivent particulièrement retenir l'attention.

Dans les deux hypothèses de sanctions pénales prévues par l'article 1411*bis* du Code judiciaire, les dispositions du livre Ier du Code pénal, y compris celles du chapitre VII et l'article 85, sont d'application (831).

(831) Il a été précisé qu'un dol général doit assortir l'absence de mention de code lors du versement de revenus protégés pour qu'une sanction pénale puisse être encourue (Rapport fait au nom de la Commission de la Chambre par M. PERPETE, *op. cit.*, p. 20) ; lors de la discussion du projet de loi-programme, il a été confirmé qu'il s'agissait d'un dol général et non d'un dol spécial (Rapport fait au nom de la Commission de la Chambre par M. MALMENDIER, *op. cit.*, p. 9).

DBL5151.book Page 401 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

2° Calcul des quotités insaisissables et procédure

289. Principes afférents au calcul. Lors des travaux préparatoires, il a été insisté sur la nécessité de l'élaboration d'un texte équilibré, qui tienne compte, à côté d'inspirations sociales évidentes, des droits des créanciers. Pour concilier ces intérêts légitimes et éviter la thésaurisation de sommes destinées à un usage immédiat (832), la réforme consacre un report d'insaisissabilité limité à 30 jours à partir de l'inscription des sommes au crédit du compte à vue. Plus précisément encore, la protection faiblit au fur et à mesure de l'écoulement de ce délai, puisque, nécessité oblige, l'argent doit être consacré aux dépenses vitales. À titre exceptionnel, il s'imposait de tenir compte du cas de versements globaux afférents à une période supérieure à un mois.

290. Protection dégressive pendant un mois. « En cas de saisie ou de cession des montants visés à l'article 1411*bis*, § 1er, les restrictions et les exclusions visées aux articles 1409, 1409*bis* et 1410 sont d'application durant une période de trente jours à dater de l'inscription de ces sommes au crédit du compte à vue […] Le calcul de la partie du solde insaisissable ou incessible du compte à vue se fait au prorata du nombre de jours restants de la période visée au § 1er depuis l'inscription des montants insaisissables ou incessibles au crédit du compte à vue » (article 1411*ter*, § 1er, alinéa 1er, et § 2, du Code judiciaire).

Le *dies a quo* de ce délai de 30 jours a évolué au cours des travaux préparatoires. On constatait, dans une version précédente du texte (833), la référence à une notion de date de valeur qui ne correspondait pas à la définition qu'en donne la loi du 10 juillet 1997 (834). Or, on n'apercevait pas l'adéquation à la présente matière de la date de valeur, qui n'est qu'une « modalité du calcul des intérêts » (835). Les amendements proposés par le gouvernement ont préféré se référer à « l'inscription des sommes au crédit du compte à vue » (836). Le texte définitif reprend ce

(832) *Doc. parl.*, Sénat, n° 2-786/4, p. 3.

(833) Voy. le projet de loi relevé de caducité, *Doc. parl.*, Ch. repr., n° 51-639/001, p. 2.

(834) Pour rappel, selon le prescrit de l'article 3 de la loi du 10 juillet 1997, la date de valeur d'une opération bancaire est « la date à laquelle un montant retiré cesse de produire des intérêts ou celle à laquelle un montant versé commence à produire des intérêts », tandis que la date de comptabilisation d'une opération est « la date à laquelle l'opération est portée, au plan comptable, au crédit du compte ou au débit du compte ».

(835) A. BRUYNEEL, « Les dates de valeur : de la loi belge du 10 juillet 1997 aux arrêts de la Cour de cassation de France », in *Liber Amicorum Lucien Simont*, Bruylant, 2002, pp. 537 et s., sp. p. 538, n° 2.

(836) Amendement n° 2 du gouvernement, *Doc. parl.*, Ch. repr., n° 51-0639/002, p. 3 ; cette modification était ainsi justifiée par le gouvernement : « La terminologie a été modifiée afin de préciser le moment auquel une somme est considérée comme 'versée' ou 'déposée' sur un compte. Ainsi, il est juridiquement plus correct de parler de sommes 'créditées' sur un compte à vue que 'déposées'. L' » inscription au crédit » est une notion plus large. Le « dépôt » sur le compte est la conséquence d'une opération en espèces » (*ibid.*, p. 5) ; plus loin, le gouvernement déclara que « la protection […] vaut pour une durée de trente jours, commençant au moment du versement sur le compte, déterminé par la date comptable de l'inscription en compte et se terminant au jour de la saisie ou de la cession » (*ibid.*, p. 6).

DBL5151.book Page 402 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

moment. Il ne peut donc être question de se référer à une autre date (celle de l'ordre de virement donné par le débiteur des revenus protégés, de la compensation interbancaire, etc.) pour opérer le calcul.

Comme la réforme de décembre 2005 l'a stigmatisé, mais à nos yeux excessivement (837), ce système d'insaisissabilité pose problème lorsqu'il s'agit de cumuler différents revenus *partiellement* insaisissables qui ne feraient l'objet d'aucune retenue à la source (838). Si une telle retenue à la source était en jeu, hormis quelques nécessaires adaptations à la situation, aucune difficulté fondamentale ne se poserait. Soit l'exemple d'un débiteur exerçant deux professions à mi-temps chez deux employeurs différents (839). L'article 1411 du même Code impose, pour calculer les portions saisissable et insaisissable, de cumuler les deux rémunérations avant de leur appliquer les fractions idoines. À la source, le système est compromis par le simple fait de l'altérité des employeurs qui nécessite la formalisation de deux saisies-arrêts différentes ; de plus, un dialogue entre les deux employeurs et l'huissier s'impose, à l'issue duquel ce dernier indiquera à chacun les montants à retenir de part et d'autre. Dans cette hypothèse, les unités monétaires finalement versées sur le compte du débiteur saisi étant toutes insaisissables, aucune difficulté ne se pose. Mais quid en l'absence de retenue à la source ?

Nous avons vu que l'article 141*ter*, § 3, nouveau du Code judiciaire, écarte purement et simplement l'application de l'article 1411 du même Code (840). Cette dérogation aboutit à un avantage injustifié au profit du débiteur saisi, dont nous avons critiqué la constitutionnalité. L'impossibilité technique, invoquée par le gouvernement, à concilier la règle du cumul et le calcul *pro rata temporis*, ne nous paraît pas de mise. Selon nous, il eut été concevable de procéder au calcul des montants saisissable et insaisissable en cumulant les deux traitements. Le montant saisissable ne profiterait naturellement d'aucune protection et serait déduit des deux montants crédités, proportionnellement, en fonction de l'importance de chacun d'eux. Les soldes respectifs feraient l'objet du calcul dégressif du report d'insaisissabilité en fonction de leurs dates de versement.

(837) Voy. *supra*, n° 282.

(838) Les revenus visés à l'article 1410, § 2, du Code judiciaire, sont insaisissables dans leur intégralité ; il ne peut être question de les cumuler, en sorte qu'il ne sont pas concernés par la difficulté que nous évoquons.

(839) Madame De Theije envisage le cas où un salaire unique serait versé sur deux comptes bancaires différents ouverts auprès d'établissements de crédit distincts et où le créancier ne saisirait qu'un seul des comptes (M. DE THEIJE, « De wet van 14 juni 2004 betreffende de onbeslagbare en onoverdraagbare tegoeden op zichtrekening », *op. cit.*, p. 724, n° 11) ; potentiellement décelable et particulièrement suspecte d'être constitutive de fraude et partant de toutes façons inopposable, la manœuvre pourrait de plus être anéantie par une saisie à la source entre les mains de l'employeur.

(840) Voy. *supra*, n° 282.

DBL5151.book Page 403 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

Citons à titre d'exemple le cas d'un salarié qui perçoit deux rémunérations nettes de 1.000 et 800 euros respectivement les 27 et 29 mai 2005 ; en application des articles 1409, § 1er et 1411, alinéa 1er, du Code judiciaire (841), la partie saisissable de ces revenus d'un montant total de 1.800 euros s'élève à 13 + 29,7 + 39,6 + 648 = 730,3 euros ; 1069,7 euros sont par contre insaisissables. La rémunération versée le 27 juillet sera débitée de (730,3*1000/1800), soit 405,72 euros et celle versée le 29 juillet de (730,3*800/1800), soit 324,57 euros. Serviront donc de départ au calcul dégressif de la protection la somme de 594,28 euros à partir du 27 juillet et la somme de 475,43 euros à partir du 29 juillet. Insistons sur le fait que cette proposition de solution technique n'est pas de droit positif, tant que l'article 1411 ter, § 3, du Code judiciaire n'aura été ou supprimé, ou invalidé.

291. Computation du délai. La partie insaisissable ou incessible du solde bancaire se calcule, selon les vœux de la loi, au prorata du nombre de jours restants de la période de trente jours depuis le versement des sommes protégées (article 1411*ter*, § 2, du Code judiciaire). Un exemple chiffré avait été proposé en Commission du Sénat (842). Un examen attentif de cette illustration révèle malheureusement une incohérence quant au mode de computation des délais (843), ainsi que deux

(841) Notre exemple repose sur l'indexation des montants, opérée par l'arrêté royal du 9 décembre 2004 portant exécution de l'article 1409, § 2, du Code judiciaire (*M.B.*, 15 déc. 2004) ; il ne s'agit donc pas de la dernière indexation intervenue en décembre 2005.

(842) L'exemple cité dans les travaux préparatoires est le suivant (*Doc. parl.*, Sén., n° 2-786/4, p. 4) : soit une saisie sur un compte bancaire le 15 juin 2002 ; les versements suivants ont eu lieu sur le compte depuis le 16 mai (soit 30 jours auparavant) : A. versement accidents du travail dépassant 100 % le 20 mai à concurrence de 500 euros (article 1410, § 2, 4°) ; B. versement allocations familiales le 1er juin à concurrence de 250 euros (article 1410, § 2, 1°) ; C. versement pension le 9 juin à concurrence de 1 200 euros (article 1410, § 1er, 2°) ; D. versement minimum de moyens d'existence le 10 juin à concurrence de 500 euros (article 1410, § 2, 7°) ; E. versement d'une somme quelconque le 14 juin à concurrence de 750 euros (non protégé) ;

Aucune saisie ne pourra être pratiquée sur :

A. 500 × (4/30) = 66,67 euros (du 20 mai au 15 juin soit 26 jours, il reste 4 jours).

B. 250 × (15/30) = 125 euros (du 1er juin au 15 juin soit 15 jours, il reste 15 jours).

C. Conformément à l'article 1409 du Code judiciaire :

(i) Insaisissable : 849 euros.

(ii)i Saisissable : 20 % de la partie entre 912 et 849 euros soit 12,6 euros.

(iii) Saisissable : 30 % de la partie entre 912 et 1 007 euros soit 28,5 euros.

(iv)i Saisissable : 40 % de la partie entre 1 007 et 1 101 euros soit 37,6 euros.

Total = 849 + 12,6 + 28,5 + 37,6 = 927,7 euros.

Partie insaisissable : 927,7 × (24/30) = 742,16 euros (du 9 juin au 15 juin soit 6 jours, il reste 24 jours).

D. 500 × (25/30) = 416,67 euros (du 10 juin au 15 juin soit 5 jours, il reste 25 jours).

E. 750 euros non protégés.

Un total général de : 66,67 + 125 + 742,16 + 416,67 soit 1 350,5 euros.

(843) Ainsi, s'il l'on calculait le nombre de jours utiles pour le report d'insaisissabilité de la même manière pour l'opération B que celle utilisée pour l'opération A, on obtiendrait 16 jours restants à la place de 15.

DBL5151.book Page 404 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

erreurs, en amont, quant au calcul du montant initialement insaisissable (844).

À nos yeux, il ne convient pas d'appliquer les règles prévues par les articles 52 à 54 du Code judiciaire. Les délais en question ne sont en effet pas « établis pour l'accomplissement d'actes de procédure » (article 48 du même Code) (845). Qu'en est-il dès lors ? Dès le moment de l'inscription de la somme protégée au crédit du compte à vue, le titulaire de ce dernier a un droit inconditionnel à en disposer immédiatement. Il est donc normal que le *dies a quo* soit intégré dans un délai de 30 jours qui n'est que la représentation présumée de la période d'utilisation des fonds. Si une indemnité est versée le 30 juin et une saisie opérée sur le compte le 3 juillet, cette dernière intervient alors que 3 jours se sont déjà écoulés. Les montants protégés seront calculés en fonction du solde de 27 jours restant du délai initial de 30. C'est le sens indiqué par la majorité des cas cités en guise d'exemples dans les travaux préparatoires (846).

Pratiquement, la détermination des droits respectifs des créanciers et du débiteur nécessitera préalablement un calcul à rebours de 30 jours, afin de déterminer les sommes protégées qui pourront entrer en considération pour réduire le solde créditeur apparent. Si une saisie est opérée le 2 février, les inscriptions au crédit du compte qu'il faudra relever seront datées du 4 janvier au plus tôt. Une telle inscription ne sera protégée qu'à concurrence du dernier trentième restant.

292. Exceptionnellement, la protection dégressive s'étend sur un délai supérieur. « Lorsque des sommes protégées font l'objet d'un versement global sur un compte à vue alors qu'elles se rapportent à une durée supérieure à un mois, la protection est d'application durant une période correspondante, à dater de l'inscription de ces sommes au crédit du compte à vue. Pour l'application du présent alinéa, un mois compte trente jours » (art. 1411*ter*, § 1er, alinéa 2, nouveau du Code judiciaire).

(844) Relativement au point C de l'exemple reproduit ci-dessus, étant donné qu'il s'agit d'une pension, les fractions de l'article 1409, § 1er*bis* étaient applicables et non celles visées à l'article 1409, § 1er ; par ailleurs, le total de 927,7 euros dans l'exemple donné sub C additionne montants saisissables et montants insaisissables, alors qu'il s'agit de déterminer le total insaisissable.

(845) S'il fallait un argument supplémentaire, l'article 53 du Code judiciaire, qui prévoit un report du jour d'échéance lorsqu'il s'agit d'un samedi, dimanche ou jour férié légal, nous paraît parfaitement hors de propos.

(846) *Contra*, mais à tort selon nous, le calcul opéré à titre exemplatif dans la proposition de loi de MM. Lalieux et Picqué, *Doc. parl.*, Ch. repr., n° 51-0344/001 ; pour les versements nos 1 et 3, ces auteurs ne comptent pas le jour a quo dans le nombre de jours écoulés du délai initial de 30 jours ; *contra* également M. DE THEIJE, « De wet van 14 juni 2004 betreffende de onbeslagbare en onoverdraagbare tegoeden op zichtrekening », *R.W.*, 2004-2005, pp. 721 et s., sp. p. 723, n° 8, qui dans son exemple compte parmi les jours écoulés le jour de la saisie.

DBL5151.book Page 405 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

Il s'est agi de tenir compte, par cette réserve, du cas d'un versement unique de sommes couvrant une période supérieure à un mois. En l'absence d'une telle prévision, le bénéficiaire de telles sommes serait notablement désavantagé, puisqu'il verrait s'appliquer une durée de dégressivité trop courte par rapport à la période raisonnablement attendue de leur utilisation. L'intention est louable mais pratiquement, comment les protagonistes pourront-ils connaître la durée de la période concernée ? Comment saura-t-on que telle indemnité de préavis se rapporte à tel nombre de mois ? Il faudra compter ici sur la vigilance du saisi, à qui il incombera de signaler l'existence de ce versement global et d'en justifier, éléments probants à l'appui, les modalités.

Interrogé par le législateur si cette solution permettait de rencontrer à suffisance l'objectif poursuivi, le Conseil National du Travail, dans son avis précité, a estimé que tel était bien le cas. Le particularisme de l'hypothèse à traiter justife, selon l'autorité consultée, une dérogation au principe de l'automaticité. Cela étant, l'avis a également insisté sur l'intérêt à ce que soit ajoutée dans le formulaire de réponse une mention visant à informer le bénéficiaire de revenus protégés qu'il est tenu de signaler, par ce biais, à l'huissier ou, à défaut au créancier ou au cessionnaire, que son compte à vue a été crédité d'une somme d'argent se rapportant à une période supérieure à un mois (847).

293. Procédure de calcul. La détermination des montants insaisissables a contraint le législateur à prendre différents paramètres en considération. En premier lieu, comme nous l'avons vu, la protection s'impose tant en cas de saisie du solde du compte qu'en cas de cession de celui-ci. Or, cette dernière mesure, contrairement à la saisie, ne donne pas lieu à déclaration de tiers saisi. Il fallait donc susciter une communication adaptée des données. Par ailleurs, le caractère passablement complexe du calcul justifie l'intervention d'un professionnel. Les regards convergèrent évidemment vers l'huissier de justice. Cependant, nonobstant son monopole de principe en matière d'exécution, cet officier ministériel n'intervient pas nécessairement lors d'une saisie ou d'une cession. Le droit fiscal offre en effet aux receveurs des procédures simplifiées dans lesquelles des saisies conservatoires sont formées par simple lettre recommandée. Bien plus, la cession du solde d'un compte bancaire s'opère dans les conditions déformalisées de l'article 1690 du Code civil.

Quant à la communication des codes par l'établissement de crédit, l'article 1411*quater*, § 1er, du Code judiciaire, distingue selon qu'il s'agit d'une saisie ou d'une cession. En cas de saisie « sur un compte à

(847) Avis n° 1.531 précité, in *Rapport fait au nom de la Commission de la Chambre* par M. MALMENDIER, *op. cit.*, pp. 15 et 16.

DBL5151.book Page 406 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

vue » (848), l'établissement de crédit communique dans sa déclaration de tiers saisi une liste des montants munis d'un code crédités au cours de la période de trente jours qui précède la date de la saisie. L'article 1452 du Code judiciaire est d'ailleurs expressément complété en ce sens ; la déclaration de l'établissement de crédit devra désormais faire état, le cas échéant, des montants munis d'un code qui ont été inscrits au crédit d'un compte à vue et la date de leur inscription s'ils l'ont été au cours des trente jours qui précèdent la date de la saisie (article 7 de la loi du 27 décembre 2005) (849).

En cas de cession « d'une somme créditée sur un compte à vue », l'établissement de crédit communique par lettre recommandée à la poste à l'huissier, au cessionnaire ou au créancier, dans les quinze jours de la réception de la notification de celle-ci (850), le solde du compte ainsi qu'une liste des montants munis d'un code crédités au cours de la période de trente jours qui précède la date de la cession et la date à laquelle ces montants munis d'un code ont été crédités (article 1411*quater*, § 1er, alinéa 2, du Code judiciaire).

Quant au calcul des montants insaisissables, l'article 1411*quater*, § 2, distingue selon que la saisie ou la cession intervient ou non par le biais d'un huissier de justice. Si tel est le cas, celui-ci établit le décompte et, à peine de nullité de la saisie ou de la cession, envoie ce décompte au débiteur par lettre recommandée à la poste avec accusé de réception dans les huit jours de la notification de la déclaration visée au § 1er. Sous la menace des mêmes nullités, cet envoi recommandé au débiteur est accompagné d'un formulaire de réponse dont le Roi détermine le modèle, ainsi que le prévoit l'article 1411*quater*, § 2, 2.3 (851). L'huissier est également requis de réserver une copie du décompte à l'établis-

(848) La terminologie usitée par le législateur n'est pas parfaitement rigoureuse et est de surcroît changeante ; ainsi, selon l'article 1411*bis*, § 2, le débiteur peut prouver par toutes voies de droit que des montants insaisissables et incessibles en vertu des articles 1409, 1409*bis* et 1410 ont été crédités sur un *compte à vue qui a fait l'objet d'une saisie ou d'une cession* ; or, nous avons constaté dans de précédents développements que la saisie appréhende le solde créditeur et non le compte en lui-même (voy. *supra*, nos 181 et s.).

(849) Remarquons qu'à deux reprises, le texte a été voté, sanctionné et promulgué dans les termes suivants : « 4° le cas échéant, les montants codés qui ont été inscrits au crédit d'un compte à vue et la date de leur inscription s'ils l'ont été au cours des trente jours qui précèdent *à* la date de la saisie ».

(850) Relevons que le texte voté par le Parlement et publié au *Moniteur belge*, en sa version française, contient le terme « modification » en lieu et place de « notification », alors que l'amendement du Gouvernement à l'origine du texte était correctement rédigé (*Doc. parl.*, Ch. repr., n° 51-2098/20, p. 2) ; la version néerlandophone est quant à elle correcte.

(851) Ce formulaire permettra au débiteur de contester le décompte qui lui a été transmis, selon les modalités ci-après décrites ; le projet d'arrêté royal contient en son annexe les modèles de formulaires.

DBL5151.book Page 407 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

sement de crédit par lettre recommandée à la poste avec accusé de réception dans le même délai de huit jours à dater de la notification de la déclaration de l'établissement de crédit. Cette obligation est prescrite à peine de nullité de la saisie ou de la cession. Après réception de la copie par l'établissement de crédit, le débiteur peut disposer librement des montants insaisissables ou incessibles qui sont mentionnés dans le décompte.

Si, au contraire, la saisie ou la cession n'est pas signifiée par un huissier, le créancier établit lui-même le décompte. Il procède de même en ce qui concerne son envoi au débiteur et à l'établissement de crédit. Les délais et les sanctions de ces formalités sont identiques. Il est également prévu qu'après réception de la copie par l'établissement de crédit, le débiteur peut disposer librement des montants insaisissables ou incessibles qui sont mentionnés dans le décompte.

Le calcul des montants insaisissables est donc tributaire tant de la transmission, endéans les quinze jours de la saisie, des données relevantes par l'organisme de crédit que de la diligence de l'huissier ou du créancier, à laquelle ces derniers sont particulièrement incités. On en déduit qu'un délai de trois semaines sera nécessaire avant que le débiteur saisi puisse effectivement disposer des sommes protégées. Vu l'urgence inhérente à l'utilisation de ces derniers, on peut déplorer un tel délai, tout en concédant qu'on voit mal comment il pourrait raisonnablement être encore réduit (852). Par ailleurs, si nous ne contestons pas l'opportunité de principe du recours à la sanction de nullité, son invasion, intervenue à l'occasion de la réforme de décembre 2005, met d'autant plus en relief la lourdeur de la procédure.

294. Synthèse du calcul. On peut résumer le *modus operandi* de la façon suivante :

- si au jour de la saisie, le solde est négatif, la saisie est sans objet, sans préjudice, d'une part, de l'éventuelle rectification en raison des opérations en cours (853) et, d'autre part, de la paralysie de l'ouverture de crédit ou des facilités de caisse qui seraient attachées au compte (854) ;
- si le solde est positif, il s'impose alors de vérifier si des montants codés ont été versés sur le compte dans les 30 jours précédant la saisie ; si tel n'est pas le cas, le solde est saisissable dans sa totalité, sous réserve de ce que le débiteur rapporte la preuve de ce que, de

(852) En ce sens également, M. DE THEIJE, « De wet van 14 juni 2004 betreffende de onbeslagbare en onoverdraagbare tegoeden op zichtrekening », *op. cit.*, p. 723, n° 9.

(853) Voy. *infra*, n^os^ 413 et s.

(854) Voy. *infra*, n^os^ 366 et s.

DBL5151.book Page 408 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

façon irrégulière, un code n'aurait pas assorti le versement de revenus protégés (article 1411*bis*, § 2, du Code judiciaire) (855). En tout état de cause, ce qui est versé sur le compte postérieurement à la mesure de saisie et qui ne ressortit pas des opérations en cours doit rester à disposition du saisi (856) ;

– en cas de présence de versements assortis de codes, il faudra soustraire du solde positif apparaissant au jour de la mesure les quotités insaisissables calculées individuellement pour chaque versement codé, sans qu'il faille appliquer, du moins en l'état actuel des textes, l'article 1411, alinéa 1er, du Code judiciaire (857).

295. Exemples chiffrés. Le compte à vue d'un salarié célibataire affiche le 1er août un solde de 400 euros. Le 2 août, le compte est crédité de la rémunération de son titulaire, à concurrence de 1 700 euros. Le 4 août, par ordre permanent, 500 euros sont versés à la société hypothécaire qui a financé l'acquisition de l'immeuble du salarié. Le 7 août, 100 euros sont dépensés dans un supermarché par carte bancaire. Le 10 août, l'organisme apériteur du compte à vue reçoit une saisie-arrêt conservatoire à charge de son client. À ce moment, le compte affiche un solde créditeur de 1 500 euros. Seule la rémunération a suscité une écriture qu'il faut prendre en considération pour réduire le solde saisissable. Le jour du versement, soit le 2 août, la quotité saisissable s'élevait à 13 + 29,7 + 39,6 + 548 = 630,3 euros et la quotité insaisissable à 1 069,7 euros. À la date de la saisie, soit le 10 août, la protection est maintenue à concurrence de 22 (30 – 8) trentièmes de la somme initialement insaisissable, soit 784, 44 euros, dont le débiteur saisi pourra disposer. Le montant bloqué au profit du créancier s'élève donc à 715,56 euros.

Dans une deuxième hypothèse, sur un compte affichant un solde créditeur de 50 euros, des indemnités de chômage sont versées à concurrence de 700 euros le 29 septembre. Un retrait de 300 euros à un distributeur automatique intervient le 1er octobre. Le 5 octobre est formalisée une saisie-arrêt entre les mains de la banque, alors que le solde affiche un crédit de 450 euros. Les indemnités de chômage étant initialement totalement insaisissables, la protection se maintient à concurrence de (700 × 24/30) = 560 euros, ce qui dépasse le solde du compte. Aucun montant n'est donc saisissable.

296. Procédure en cas de contestation. S'il estime devoir contester le calcul qui lui est soumis, le débiteur doit, à peine de déchéance, commu-

(855) Voy. *infra*, n° 297.
(856) Voy. *supra*, nos 183 et 184.
(857) Voy. *supra*, nos 282 et 290.

DBL5151.book Page 409 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

niquer ses observations à l'expéditeur, par lettre recommandée à la poste avec accusé de réception, au moyen du formulaire de réponse dans les huit jours à dater de la présentation, à son domicile, de la lettre recommandée à la poste avec accusé de réception (article 1411*quater*, § 2.4, du Code judiciaire).

En cas de contestation, l'huissier ou le créancier dépose, à peine de déchéance (858), au greffe du tribunal de première instance, dans les cinq jours à dater de la présentation, à l'adresse mentionnée sur le formulaire de réponse, de la lettre recommandée à la poste avec accusé de réception, contenant les observations du débiteur, une copie du décompte et du formulaire de réponse standardisé avec les observations du débiteur. Le juge des saisies fixe les jour et heure pour l'examen et le règlement des difficultés, le créancier ou le cessionnaire et le débiteur préalablement entendus ou convoqués. Le greffier convoque les parties et prévient, le cas échéant, l'huissier instrumentant. Le juge des saisies statue toutes affaires cessantes, tant en présence qu'en l'absence des parties. Son ordonnance n'est susceptible ni d'opposition ni d'appel (art. 1411*quater*, § 2.5, du Code judiciaire).

Un meilleur agencement de la réforme avec les dispositions régissant la procédure de saisie-arrêt-exécution aurait été judicieux. L'article 1543 du Code judiciaire, qui régit le dessaisissement du tiers saisi entre les mains de l'huissier instrumentant, doit désormais être lu en gardant à l'esprit les contestations relatives au report d'insaisissabilité, dont la solution est réglementée par l'article 1411*quater*, § 2, du même Code (859).

297. Aspect probatoire : deux dispositions insolites. Le deuxième paragraphe de l'article 1411*bis* retient l'attention. Au terme de son premier alinéa, « Le débiteur peut prouver par toutes voies de droit que des montants insaisissables et incessibles en vertu des articles 1409, 1409*bis* et 1410 ont été crédités sur un compte à vue qui a fait l'objet d'une saisie ou d'une cession ». Les travaux préparatoires, qui n'étaient pas limpides à ce propos à l'orée du processus législatif (860), permettent finalement

(858) On s'interroge sur la teneur de la déchéance qui pourrait frapper le créancier qui n'exécuterait pas la formalité dans les délais ; peut-être s'agit-il de décider qu'en l'absence de dépôt dans les délais du décompte et des observations, ces dernières sont irréfragablement considérées comme fondées ; il conviendrait de le préciser.

(859) Ainsi, il se pourrait que nonobstant l'écoulement des délais de quinze et deux jours visés à l'article 1543 du Code judiciaire et l'absence d'opposition du débiteur saisi, l'organisme de crédit doive refuser de se dessaisir en se prévalant de ce qu'il n'a pas encore reçu copie du décompte.

(860) « Le § 2 permet au débiteur de prouver par toutes voies de droit que les montants à lui versé sont protégés et ce, notamment dans l'hypothèse où ces montants ne sont pas assortis d'un code…ou encore lorsque la saisie est pratiquée par l'administration fiscale » (*Doc. parl.*, Sénat, n° 2-786/4, p. 3) ; on n'aperçoit pas en quoi le fait que la saisie-arrêt soit initiée par le fisc justifie cette réserve.

DBL5151.book Page 410 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

d'éclairer la volonté du législateur (861). Ce texte a vocation à s'appliquer dans deux hypothèses. La première concerne le cas où aucun code n'assortit le transfert de sommes protégées, soit lorsqu'à titre exceptionnel, le Code n'impose pas de communication de code, soit que l'absence de celui-ci soit due à une erreur du solvens ou de l'organisme de crédit (862). La seconde vise le cas de revenus globalisés versés plus d'un mois avant la saisie, déjà évoqué ci-dessus (863).

Le second alinéa de l'article 1411*bis*, § 2, du Code judiciaire constitue une nouveauté introduite par la loi du 27 décembre 2005, résultant des contacts intervenus entre le gouvernement et le Conseil National du Travail. Il est rédigé en ces termes : « Les montants versés par l'employeur du débiteur sur un compte à vue de celui-ci sont, jusqu'à preuve du contraire, réputés partiellement insaisissables ou incessibles conformément à l'article 1409, § 1er. Cette présomption ne vaut que dans les rapports entre le débiteur et ses créanciers ». Selon l'exposé des motifs, le gouvernement a voulu par là « faciliter la tâche de l'employeur et réduire les risques pour celui-ci en créant une présomption légale réfragable selon laquelle les montants versés par l'employeur sur le compte à vue du débiteur sont partiellement insaisissables ou incessibles conformément à l'article 1409, § 1er, du Code judiciaire. Cette modification veille également à une protection plus efficace et plus simple du débiteur » (864).

On comprend qu'il se soit agi de simplifier la tâche des employeurs. Il reste néanmoins singulier de constater que cette volonté s'est matérialisée en réaction à ce qui n'est qu'un projet d'arrêté royal

(861) « On pourra prouver qu'une somme versée sur un compte bancaire est protégée soit si le versement a été codé, soit par toute voie de droit. Les huissiers estiment que la preuve par toute voie de droit doit se voir accorder un caractère subsidiaire. Ce sera le cas en pratique, dès lors que l'utilisation du code sera largement répandue. Il faut néanmoins laisser ouverte cette faculté de rapporter la preuve par toute voie de droit du caractère protégé d'un montant, ne serait-ce que si le débiteur de sommes protégées oublie de mentionner un code » (Rapport fait au nom de la Commission de la Chambre par M. PERPETE, *op. cit.*, pp. 19 et 20) ; ce même rapport relève le cas d'un versement d'arriérés qui serait intervenu plus d'un mois avant la saisie : la banque ne sera pas tenue à en communiquer l'existence, mais il sera loisible au débiteur saisi de s'en prévaloir en faisant usage de l'article 1411*bis*, § 2, du Code judiciaire (*ibidem*, p. 22).

(862) Madame De Theije relève non sans finesse que le texte pourrait également être mis à contribution en cas de changement d'organisme de crédit (M. DE THEIJE, « De wet van 14 juni 2004 betreffende de onbeslagbare en onoverdraagbare tegoeden op zichtrekening », *op. cit.*, p. 725, n° 15) ; il s'agirait de l'hypothèse où le solde du compte clôturé versé sur le nouveau compte recelait encore des montants insaisissables ; on peut penser qu'au regard de la durée limitée de la protection, le cas envisagé ne sera pas fréquent.

(863) Il va sans dire qu'un montant insaisissable thésaurisé sur le compte à vue et dont le code n'est pas déclaré par l'établissement de crédit car le versement sur le compte remonte à plus d'un mois ne bénéficie plus d'aucune protection, hormis le cas de revenus globalisés ; contra mais à tort : M. DE THEIJE, « De wet van 14 juni 2004 betreffende de onbeslagbare en onoverdraagbare tegoeden op zichtrekening », *op. cit.*, p. 723, n° 9.

(864) *Doc. parl.*, Ch. repr., n° 51-2098/001, p. 8.

DBL5151.book Page 411 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

d'exécution de la loi. Comme nous l'avons souligné incidemment (865), cet arrêté en gestation entend attacher deux types de codes aux montants protégés selon qu'ils l'étaient complètement ou seulement partiellement. Le législateur a en tout cas laissé entendre son intention de prévoir un code particulier, et vraisemblablement unique, à l'usage des employeurs dans le futur arrêté royal (866).

298. Modification des dispositions relatives à la protection de la rémunération. L'article 8 de la loi du 27 décembre 2005 modifie l'article 5, § 6, de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs. En vertu de cette disposition, lorsque la *rémunération* des travailleurs ou le *compte bancaire ou de chèques postaux* sur lequel est versée leur rémunération fait l'objet d'une saisie ou d'une cession, le paiement de la partie non cessible ni saisissable de la rémunération doit s'effectuer de la main à la main, par assignation postale ou par chèque circulaire (867). Comme nous avons déjà eu l'occasion de le souligner, le fait que cette disposition impose une réaction identique de l'employeur à deux mesures de poursuites totalement différentes laisse perplexe au regard des principes qui fondent la saisie entre les mains d'un organisme de crédit (868).

Désormais, le paiement selon les modes alternatifs prévus conjointement par l'article 5, § 6, de la loi de 1965 et l'article 3, § 2, del'arrêté royal du 5 mars 1986 n'interviendra plus d'office, mais à la demande du travailleur (869).

---

(865) Voy. *supra*, n° 287.

(866) *Doc. parl.*, Ch. repr., n° 51-2098/001, p. 10.

(867) Cette exigence est appliquée par l'article 3 de l'arrêté royal du 5 mars 1986 « déterminant les modalités relatives au paiement de la rémunération en monnaie scripturale et à la cession ou la saisie de l'avoir du compte bancaire ou de chèques postaux auquel la rémunération du travailleur est virée » ; aux termes de cette disposition, « § 1er. Lorsque la rémunération du travailleur ou l'avoir de son compte bancaire ou de chèques postaux auquel sa rémunération est virée font l'objet d'une cession ou d'une saisie, l'employeur paie le travailleur, au choix de ce dernier, soit de la main à la main, soit par assignation postale ou par chèque circulaire. § 2. En cas de cession ou de saisie de l'avoir de son compte bancaire ou de chèques postaux auquel sa rémunération est virée, le travailleur communique à l'employeur, par lettre recommandée à la poste, au plus tard le quatrième jour ouvrable avant la date habituelle de paiement de la rémunération : 1) en cas de cession, soit une copie de la signification du transport faite au débiteur cédé, délivrée par ce dernier au travailleur et à la demande de celui-ci, soit un document délivré, à sa demande, au travailleur par le débiteur cédé attestant que l'avoir de son compte bancaire ou de chèques postaux fait l'objet d'une cession ; 2) en cas de saisie, une copie de la dénonciation de la saisie ».

(868) Voy. *supra*, nos 182 et 183.

(869) Cet amendement fut ainsi justifié : « Dès lors que le projet à l'examen a pour but de lutter contre l'exclusion bancaire et de permettre au débiteur saisi de continuer à pouvoir utiliser un compte bancaire malgré une saisie ou une cession, une modification de l'article 5, § 6, de la loi du 12 avril 1965 s'impose, afin de ne plus prévoir que l'employeur doive verser « d'office » la rémunération autrement que par virement, mais seulement à la demande du travailleur » ; il reste qu'en vertu de l'article 1er, § 2, de l'arrêté royal du 5 mars 1986, « En cas de paiement de la rémunération en monnaie scripturale, le travailleur a, en tout cas, le droit de choisir le paiement par assignation postale ou par chèque circulaire plutôt que le paiement par virement à un compte bancaire ou de chèques postaux ».

DBL5151.book Page 412 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

B. *Report d'insaisissabilité et solde négatif*

299. Teneur de la question. Ainsi que nous l'avons signalé ci-dessus, le problème de la compensation, au sein du compte, de montants insaisissables à la source avec un solde débiteur fut à l'origine de la promulgation de la loi du 14 juin 2004. Versées sur un compte, les sommes protégées devenaient, *de facto*, saisissables et susceptibles d'éponger un débit du compte. Or, en vertu de l'article 1293, 3°, du Code civil, la compensation ne peut intervenir lorsqu'une des deux dettes a pour cause « des aliments déclarés insaisissables ». Certes, les montants versés sur le compte bancaire ne sont qu'occasionnellement des aliments mais on sait que la doctrine unanime étend le prescrit du Code civil à toutes les créances insaisissables (870).

Ainsi, les dispositions du Code judiciaire et du Code civil étaient tenues en échec par l'effet du versement des sommes insaisissables sur le compte bancaire. Certaines voix doctrinales contestaient cette solution, mais leur position, plus affirmée que justifiée (871), n'avait que peu de poids face à la tyrannie des faits. Cette forme de justice privée opérée par les organismes bancaires qui, au contraire d'autres créanciers, ont la chance de détenir la richesse du débiteur, a particulièrement retenu l'attention de la commission des Finances et des Affaires économiques du Sénat (872).

300. Positions respectives. Certains sénateurs se sont exprimés de manière particulièrement ferme sur ce sujet. M. Poty releva que « des versements sociaux comme les allocations familiales, qui sont versées automatiquement sur un compte qui est en négatif, sont saisies par la banque. Il est vrai que l'État saisit, mais les banques saisissent aussi finalement pour se payer elles-mêmes. Il y a déjà dans le Code judiciaire des sommes qui sont prévues comme insaisissables. Par contre, les banques ont tous les moyens de les saisir » (873) ; plus loin, M. Moens estima que

(870) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, 3e éd., 1967, p. 651, n° 660 ; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Intersentia, 2000, p. 873, n° 674 ; W. VAN GERVEN et S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Acco Leuven/Leusden, 2001, p. 401.

(871) « Lorsque l'organisme bancaire où le travailleur a son compte courant en est lui-même créancier, nous pensons qu'il ne peut y avoir compensation qu'à concurrence des quotités saisissables et cessibles mensuellement » (F. HUISMAN et M. TROCLET, « La rémunération : saisie et cession », *op. cit.*, p. 50, n° 101).

(872) « La compensation, entre les sommes dues à quel que titre que ce soit par le titulaire d'un compte bancaire ouvert auprès d'un organisme de crédit à cet établissement et les sommes insaisissables, en tout ou en partie, déposées ou versées sur ce compte, n'est plus possible, les créances réciproques n'ayant plus la même qualité » (justification de l'amendement n° 5 de M. Poty, *Doc. parl.*, Sénat, n° 2-786/3, p. 3).

(873) Rapport fait au nom de la commission des Finances et des Affaires économiques par M. Siquet, *Doc. parl.*, Sénat, 2-786/5, p. 4.

DBL5151.book Page 413 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

« la question du solde négatif sur un compte à vue est l'un des points importants qui peuvent soulever des discussions. S'agit-il d'une dette privilégiée ? A-t-elle priorité sur d'autres dettes à apurer avec lesquelles elle entre en concurrence ? Les banques disposent de quasiment tous les moyens pour compenser des dettes. La question est toutefois de savoir si elles ont juridiquement le droit de les utiliser ou si leur utilisation est simplement tolérée » (874).

Une substantielle partie de l'exposé du représentant du secteur bancaire entendu par la commission du Sénat fut consacrée à cette question. À ses yeux, une prohibition de la compensation durant le fonctionnement normal du compte était inconcevable ; une telle interdiction de compensation par le banquier était par contre acceptable dès le moment de la saisie (875). Le représentant de l'A.B.B. n'approfondit cependant pas sa position, en sorte qu'il est difficile de se figurer concrètement ce à quoi la banque renoncerait (876).

Une autre représentante de l'A.B.B. fut entendue par la commission de la Chambre : « Les arguments qui peuvent être opposés à cette mesure sont de deux ordres, juridique et pratique : — Arguments d'ordre juridique : le compte courant est une institution très ancienne, de nature coutumière, née de la doctrine et de la jurisprudence. Son mécanisme consiste à permettre une remise de créances et de dettes entre différentes parties. La compensation est donc l'un des principes essentiels de ce système. Son interdiction toucherait donc à l'essence même de l'institution que représente le contrat de compte courant. Un autre principe attaché à ce type de compte est celui de l'affectation générale qui

(874) *ibid.*, p. 5 ; *adde* les interventions de M. Mahoux qui juge la pratique « illégale » (*ibid.*, p. 15) et de M. Thissen qui parle d'un « avantage excessif par rapport aux créanciers ordinaires » (*ibid.*, p. 18).

(875) Exposé de M. DE BROUWER, *Doc. parl.*, Sénat, n° 2-786/5, pp. 10 et 11 ; « pour l'ensemble de ces raisons (mais celles-ci pourraient aussi être bien plus largement développées), l'ABB ne pense pas qu'il soit opportun d'interdire de manière générale la compensation sur compte bancaire. Par contre, à partir du moment où il y a saisie ou cession (présence d'un tiers « neutre » (autre que le débiteur — titulaire du compte lui-même) qui démontre l'existence d'un problème), les banques devraient être placées sur un pied d'égalité avec les autres créanciers et dès lors toute compensation dans ces cas devrait être exclue ».

(876) Comment interpréter l'extrait, cité immédiatement ci-dessus, de l'intervention du représentant de l'A.B.B. ? Si le compte affiche un solde négatif au moment de la saisie, cette dernière est en principe sans objet (c'est en tout cas le sentiment dominant dans la doctrine bancaire ; sur notre sentiment à cet égard, voy. *infra*, n^{os} 366 et s.), en sorte que l'on voit mal ce que concède la banque ; dans l'hypothèse d'une opération en cours créditrice concernant des sommes insaisissables, faut-il déduire de cette intervention que l'organisme de crédit et le créancier saisissant se partageraient au marc le franc le montant saisissable, par essence extrêmement réduit en raison de la proximité temporelle du crédit et de la saisie ?

DBL5151.book Page 414 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

procure à chacune des parties au contrat une sorte de garantie : cela implique notamment que les sommes versées en compte constituent une garantie générale pour la banque. Remettre en cause cette garantie constituerait également une atteinte à la nature du compte courant. — Arguments d'ordre pratique : il est fort probable que l'interdiction de la compensation se retourne contre les personnes que cette mesure entend protéger. Lorsqu'une banque ouvre un compte, la garantie pour le bon fonctionnement de ce compte est constituée par les revenus qui y sont déposés. Les facilités de caisse ainsi que les ordres permanents ne seraient plus possibles puisque la banque n'aura plus l'assurance que les sommes versées sur le compte pourront éventuellement faire l'objet d'une compensation. L'interdiction de la compensation posera aussi des problèmes pour le bon fonctionnement du service de base, offert aux personnes les plus défavorisées. Celui-ci permet en effet de prélever automatiquement le coût de ce service (12 euros). Les conventions de compte prévoient que lorsque cette somme, de même que d'autres frais, doivent être prélevés et ne peuvent l'être faute de crédit suffisant, le compte est automatiquement résilié. La banque pourrait donc par exemple résilier un compte non pas parce que le compte n'est pas approvisionné, mais à cause du fait que les sommes qui y sont déposées sont uniquement des sommes protégées avec lesquelles la compensation serait interdite. Enfin, si des revenus protégés ne peuvent pas être compensés, la banque refusera probablement l'octroi d'un crédit tel que par exemple un crédit à la consommation » (877).

301. Essoufflement parlementaire. Alors que le projet de loi était relevé de caducité, deux parlementaires déposèrent une proposition de loi alternative, qui se donnait entre autres pour but d'interdire la compensation mettant en jeu des montants insaisissables (878). Un amendement n° 15 au projet du gouvernement fut ensuite déposé dans une perspec-

(877) Intervention de Mme RAGHENO, Rapport Perpète, pp. 31 et 32.

(878) Aux termes de l'article 1411*bis*, § 1er, du Code judiciaire, tel que suggéré par cette proposition de loi, « les restrictions et exclusions visées aux articles 1409, 1409*bis* et 1410 sont applicables lorsque les sommes correspondant aux produits et montants visés par ces articles sont déposés sur un compte à vue […] Les sommes visées à l'alinéa précédent ne peuvent pas être l'objet, à l'occasion du dépôt, d'un paiement, d'une compensation, d'une novation au bénéfice du dépositaire, et, de manière générale, servir à acquitter une obligation du déposant envers le dépositaire. À cet égard et dans les limites des produits et des montants visés à l'alinéa 1er, est réputée nulle et non écrite toute clause contractuelle par laquelle le déposant s'acquitte automatiquement de ses obligations envers le dépositaire à l'occasion du dépôt, et notamment la clause de renonciation au bénéfice de l'article 1293, 3°, du Code civil ou la clause organisant une compensation contractuelle » (*Doc. parl.*, Ch. repr., n° 51-0344, p. 11) ; les auteurs n'expliquent cependant pas comment concrètement le compte pourra encore fonctionner dans de telles circonstances.

DBL5151.book Page 415 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

tive nettement édulcorée (879). Dans le rapport rédigé au nom de la commission de la Justice de la Chambre par M. Perpète, il fut plusieurs fois remarqué que l'interdiction de cette compensation enchérirait notablement le coût du crédit (880). L'amendement fut alors retiré par ses auteurs (881). En fait, au contraire de ce qu'avait d'abord prétendu la représentante de Test-Achats entendue par la commission de la Chambre (882), le Conseil de la consommation s'était rapidement rendu compte qu'aucun accord ne serait possible sur ce point (883).

Bien que ce débat eût été à nouveau évoqué lors de la discussion du projet en séance publique de la Chambre des représentants (884), aucun texte n'a été adopté pour empêcher qu'un solde négatif soit automatiquement apuré par le versement de sommes insaisissables, tant à la source que, désormais et de façon dégressive, sous leur forme d'avoir bancaire.

302. Notre opinion. Le problème est très complexe. Dans la pureté des principes, le fait pour les organismes de crédit de se constituer une position avantageuse (885), *a fortiori* au moyen de fonds insaisissables, paraît

(879) Cet amendement, déposé par MM. Lalieux et Perpète, tendait à compléter l'article 27*bis* de la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation, par un paragraphe 6, rédigé comme suit : « Par dérogation à l'article 3, § 1er, 3°, aucune compensation, conventionnelle ou légale, ne peut être opérée entre des montants insaisissables en vertu des articles 1409, 1409*bis* et 1410 du Code judiciaire, versées sur un compte à vue ouvert dans un établissement de crédit visé à l'article 1er de la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit, et un découvert non autorisé sur ce compte. La décision de rembourser le découvert visé à l'alinéa 1er avec des sommes insaisissables doit être postérieure à la naissance de ce découvert. Chaque extrait de compte mis à la disposition du client doit lui mentionner à [*sic*] l'existence du découvert non autorisé et l'informer de la possibilité de négocier et d'élaborer un règlement avec l'établissement de crédit. Le client sera invité à contacter ce dernier dans les 30 jours à dater de la naissance du découvert non autorisé visé à l'alinéa 1er. Si le client ne contacte pas l'établissement de crédit dans ce délai, l'interdiction prévue à l'alinéa § 1er n'est plus applicable » (*Doc. parl.*, Ch. repr., n° 51-0639/004, pp. 3 et 4).

(880) Rapport Perpète, *op. cit.*, pp. 10, 11, 12.

(881) Rapport Perpète, pp. 24 et 25.

(882) « Le Conseil de la consommation, dans son avis, s'était prononcé sur ce point et avait estimé que la compensation de dettes devait être également exclue. En effet, il serait discriminatoire de permettre à un créancier, qui se trouve être également « hébergeur » du compte à vue du client, d'obtenir en paiement tout ou partie des montants protégés par la loi alors que ces montants sont par ailleurs inaccessibles aux autres créanciers » (audition de Mme DOMONT-NAERT, Rapport Perpète, pp. 35 et 36).

(883) Rapport Perpète, pp. 37 et 38.

(884) « Les banques ne sont pas que les fournisseurs de services bancaires, elles sont souvent aussi les créanciers de leurs clients. Si les arguments en faveur d'une limitation de la compensation abondent sur le plan intellectuel, la difficulté est toutefois grande sur le plan technique. Nous sommes néanmoins certainement disposés à poursuivre cette discussion ultérieurement, lorsque les moyens techniques adéquats seront disponibles » (intervention de M. Borginon, Séance plénière de la Chambre des représentants du 25 mars 2003, *C.R.A.*, Ch. repr., 2003-2004, n° 56, p. 19).

(885) On ne confondra pas cette question avec celle de l'opposabilité des clauses d'unicité de compte et de compensation ; ce dernier mécanisme met en jeu plusieurs comptes bancaires, alors que tel n'est pas le cas de la disparition du solde débiteur d'un compte par l'alimentation de ce dernier ; les clauses d'unicité et de compensation s'opposent au strict prescrit de l'article 1298 du Code civil mais sont promues par la loi du 15 décembre 2004 (voy. *supra*, n° 101, et *infra*, n° 396) tandis que l'utilisation de montants insaisissables pour apurer un solde débiteur paraît s'opposer à l'article 1293, 3°, du même Code.

DBL5151.book Page 416 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

préoccupant. Cela n'inquiète cependant pas tous les auteurs : en France, la doctrine enseigne qu'il ne peut être question de report d'insaisissabilité sans apurement préalable du découvert (886).

Éviter que le problème ne se pose consisterait à interdire le découvert en compte. Tel est le cas des comptes ouverts dans le cadre du service bancaire de base, en vertu de l'article 3, § 6, de la loi du 24 mars 2003. Dans ce cadre limité dès lors, la difficulté est évitée sur ce point. Mais il ne paraît pas concevable d'étendre cet ostracisme. Le principe même d'un débit en compte ne peut être remis en cause ; il participe de l'autonomie des volontés et s'avère utile au quotidien. Il suffit de penser à la tolérance bancaire des dépassements non autorisés de faibles montants, qui évitent de gênants refus de paiement de transactions (887).

La création de « comptes-*bis* » ou la tenue d'une comptabilité parallèle en raison du versement de sommes dont l'insaisissabilité est évanescente paraissent inconcevables pour des raisons financières. À défaut de texte concrétisant un consensus légal, l'article 1293, 3°, du Code civil ne peut être invoqué pour empêcher la compensation endogène au compte (888). En dehors du cas de la saisie opérée entre les mains de l'établissement bancaire, l'effet de règlement du compte reste inchangé, du parfait accord du titulaire du compte qui y a tout intérêt. Une justification supplémentaire peut être trouvée dans l'accord, tacite mais certain, du titulaire du compte de ne pas se prévaloir de l'insaisissabilité des fonds versés. Lorsque survient une saisie, au contraire, la protection déploie ses effets pour le solde présent à ce moment. De plus, les variations négatives du compte seront prohibées, ainsi que nous pensons le démontrer dans de futurs développements (889).

(886) « Soit un solde créditeur d'un compte, égal à 2 000 euros. Soit le versement sur ce compte d'une somme de 2 000 euros provenant de créances insaisissables ; ce solde est porté à 4 000 euros et l'insaisissabilité susénoncée est reportée à concurrence de 2 000 euros sur ledit solde. Cela ne saurait aboutir à enrichir la personne faisant l'objet d'une voie d'exécution en cas de solde négatif de son compte ; celui-ci ne saurait présenter deux soldes dont l'un serait insaisissable. Lorsque le solde est négatif avant l'encaissement des sommes issues de créances insaisissables, ces dernières en sont diminuées en proportion (Décr. 31 juill. 1992, art. 47, al. 1er et 47-1, al. 1er) » (G. TAORMINA, « La protection des sommes insaisissables et les apports du décret n° 2002-1150 du 11 septembre 2002 », *D.*, 2003, p. 1.851) ; nous avouons que les dispositions citées par l'auteur ne nous paraissent pas consacrer clairement cette solution.

(887) Cet argument était avancé, à juste titre à nos yeux, par l'Association belge des banques qui faisait remarquer qu'il ne faut pas perdre de vue la fonction de paiement du compte à vue (Rapport PERPETE, p. 38).

(888) Comp. et *contra* : M. DE THEIJE, « De wet van 14 juni 2004 betreffende de onbeslagbare en onoverdraagbare tegoeden op zichtrekening », *op. cit.*, p. 725, n° 17 : « Terwijl in het verleden die bescherming verviel op het moment dat de bedragen werden gecrediteerd op een zichtrekening omdat ze zich aldaar vermengden, kan met de invoering van het coderingssysteem nog maar moeilijk worden volgehouden dat de bedragen onherkenbaar zijn geworden. Hoewel het niet de bedoeling van de wet van 14 juni 2004 was om schuldvergelijking te verbieden, lijkt het toch die modelijkheid te creëren. Enkel een zeer strikte interpretatie van het nieuwe art. 1411*bis*, § 1, Ger. W. (enkel uitbreiding van de bescherming van de artikelen 1409-1410 Ger. W. door middel van code ring) lijkt dit te kunnen verhinderen ».

(889) Voy. *infra*, nos 366 et s.

DBL5151.book Page 417 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

303. Conclusion. Il est assurément ardu de légiférer en cette matière (890). La technicité de la solution retenue se ressent d'autant plus au regard des faibles montants en jeu. On est loin du précepte selon lequel, en matière d'insaisissabilité, « il ne faut pas [...] négliger l'importance d'établir des règles qui soient simple et efficaces, [car] [...] d'application quotidienne » (891). Lors des travaux préparatoires, le législateur s'est dit conscient de la complexité du mécanisme qu'il mettait sur pied, à la suggestion du Conseil de la consommation (892). Un système alternatif, proposé par la Chambre nationale des huissiers de justice, fut nettement critiqué par la ministre de la Justice (893).

L'herbe n'est cependant pas plus verte ailleurs. Signalons en effet que la France a récemment complété le système de report d'insaisissabilité qu'elle avait mis en place afin d'assurer une mise à disposition d'urgence d'un montant égal au revenu minimum d'insertion (894). À l'issue de cette réforme, la solution française ne paraît guère plus simple : coexistent en effet pas moins de quatre dispositifs tendant à prémunir des montants versés sur un compte bancaire (895). Par ailleurs, en droit français, le report d'insaisissabilité est très intimement lié à la prise en considération des opérations en cours (896).

---

(890) Voy. les pertinentes observations de M. Salati dans son commentaire de la réforme française de 2002 (O. SALATI, « Présentation du décret du 11 septembre 2002 instituant un dispositif d'accès urgent aux sommes à caractère alimentaire figurant sur un compte saisi », *op. cit.*, sp. pp. 8 et 9, n^{os} 11 et 12).

(891) M.-J. LONGTIN, « L'insaisissabilité : entre le droit et le privilège », in *Mélanges Jean Pineau,* Les Éditions Thémis, 2003, pp. 725 et s., sp. pp. 740 et 741

(892) Rapport fait au nom de la commission de la Justice de la Chambre par M. PERPETE, *Doc. parl.*, Ch. repr., n° 51-0639/006, pp. 10 et 18.

(893) Rapport fait au nom de la commission de la Justice de la Chambre par M. PERPETE, *Doc. parl.*, Ch. repr., n° 51-0639/006, pp. 18 et 19.

(894) Voy. les articles 44 à 47-4 du décret du 31 juillet 1992, tel que modifié par le décret n° 2002-1150 du 11 septembre 2002 (J.O. 13 sept. 2002, reproduit in *J.C.P.*, 2002, III, n° 20.126, *D.*, 2002, L., p. 2.661) ; aux termes de l'article 46 nouveau, du décret n° 92-755 du 31 juillet 1992, « lorsqu'un compte a fait l'objet d'une saisie, son titulaire peut demander au tiers saisi la mise à disposition immédiate, dans la limite du solde créditeur du compte au jour de réception de la demande, d'une somme à caractère alimentaire d'un montant au plus égal à celui du revenu mensuel minimum d'insertion pour un allocataire. La demande doit être présentée dans les quinze jours suivant la saisie. En cas de pluralité de comptes, la demande ne peut être présentée que sur un seul compte. En cas de pluralité de titulaires d'un compte, le ou les cotitulaires ne peuvent présenter qu'une seule demande. Il ne peut être présentée qu'une seule demande pour une même saisie. Une autre demande peut être formée en cas de nouvelle saisie à l'expiration d'un délai d'un mois à compter de la précédente demande ».

(895) Suite à l'entrée en vigueur du décret du 11 septembre 2002, les articles du décret du 31 juillet 1992 ont perdu en lisibilité ; voy. à ce sujet T. MOUSSA et I. de MERSSEMAN, « Le nouveau dispositif d'accès urgent aux sommes à caractère alimentaire figurant sur un compte saisi », *Procédures*, 2002, Chron., n° 11 ; O. SALATI, « Présentation du décret du 11 septembre 2002 instituant un dispositif d'accès urgent aux sommes à caractère alimentaire figurant sur un compte saisi », *Droit et procédures*, 2003, n° 1, pp. 4 à 9 et G. TAORMINA, « La protection des sommes insaisissables et les apports du décret n° 2002-1150 du 11 septembre 2002 », *D.*, 2003, pp. 1.848 et s.

(896) Pour rappel, en application de l'article 47, alinéa 4, de la loi du 9 juillet 1991, « le solde saisi n'est affecté par [les] éventuelles opérations de débit et de crédit que dans la mesure où leur résultat cumulé est négatif et supérieur aux sommes non frappées par la saisie au jour de leur règlement » ; M. Taormina met judicieusement l'accent sur cette interpénétration complexe de la prise en considération des opérations en cours et du maintien de l'insaisissabilité (G. TAORMINA, « La protection des sommes insaisissables et les apports du décret n° 2002-1150 du 11 septembre 2002 », *op. cit.*, sp. pp. 1849 à 1850).

DBL5151.book Page 418 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

On peut par ailleurs déplorer que les débiteurs voient constamment leurs droits renforcés, mais qu'il est toujours exclu, alors qu'une législation équilibrée l'exigerait, de consacrer une certaine transparence patrimoniale (897). Par ailleurs, rien n'empêchera évidemment un débiteur malhonnête de retirer la plus grande partie du solde du compte en banque très rapidement après un versement partiellement protégé pour se prévaloir d'une insaisissabilité de fait sur le tout. Surtout, nous estimons purement et simplement inconstitutionnelle l'écartement du cumul imposé comme règle générale de l'insaisissabilité par l'article 1411 du Code judiciaire.

Plus fondamentalement encore, sans excès de pessimisme, on peut se demander si la poursuite contre les comptes bancaires ouverts par des personnes physiques n'est pas indirectement mais notablement désavantagée par l'intervention législative. En soi déjà, une saisie bancaire est un pari : à supposer en effet que le créancier soit certain que son débiteur est titulaire d'un compte ouvert dans les livres du tiers saisi, encore faut-il que le solde soit créditeur à concurrence d'un montant satisfaisant. À l'avenir, il faudra (dé)compter avec le report d'insaisissabilité et les calculs complexes qu'il nécessite. Simultanément, sous d'autres cieux (898), on favorise pourtant le recouvrement sur les avoirs incorporels par la moindre contrainte qu'elle fait subir au débiteur.

§ 2. Les comptes de gestion de fonds destinés à autrui

304. Position du problème. Notre recherche nous conduit maintenant à nous interroger sur le statut de la monnaie scripturale contenue dans des comptes bancaires qui présentent un aspect particulier. Tel compte est ainsi utilisé, ostensiblement ou non, par son titulaire pour procéder aux mouvements financiers exigés par la gestion d'une association de fait.

(897) Voy. ainsi les propos du gouvernement à l'égard du système proposé par la Chambre nationale des huissiers de justice : « La proposition avancée par la Chambre nationale des huissiers de justice aurait aussi pour conséquence d'imposer au débiteur de communiquer à l'huissier ses relevés de compte, ce qui est attentatoire à sa vie privée. Les créanciers ou l'huissier pourraient de la sorte obtenir des informations qu'ils ne pourraient pas obtenir en temps normal (la liste des débiteurs du débiteur par exemple et la date des paiements) » (intervention de Mme la ministre de la Justice, in Rapport PERPETE, p. 19) ; *adde ibid.*, pp. 22 et 23 : « La Chambre nationale des huissiers souhaiterait également que la banque ne se limite pas à leur communiquer les montants codés : ils voudraient avoir accès à tous les mouvements du compte du débiteur saisi. Ils invoquent le fait qu'ils pourraient ainsi procéder eux-mêmes aux corrections nécessaires, comme par exemple accorder, d'initiative, une protection aux pensions alimentaires qu'ils remarqueraient dans la liste. Cet argument ne tient cependant pas face à la violation du droit au respect de la vie privée. Par ailleurs, l'huissier aurait de la sorte accès à de très nombreuses informations sur le débiteur : ses propres débiteurs, et le jour du mois où certaines sommes sont versées ».

(898) En France, voy. les articles 51, alinéa 1er, de la loi française du 9 juillet 1991 et 82 du décret du 31 juillet 1992 ; *adde* J.T. da SILVEIRA, « Saisie conservatoire et exécution forcée en matière de créance en droit portugais », in *L'aménagement du droit de l'exécution dans l'espace communautaire — Bientôt les premiers instruments*, Éditions juridiques et techniques, Collection Passerelle, 2003, pp. 211 et s., sp. p. 214.

DBL5151.book Page 419 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

Un autre, couramment qualifié compte-tiers, a été ouvert par un avocat afin de recevoir les fonds destinés à autrui. Un troisième permet le transit de fonds recueillis par un notaire dans le cadre d'opérations reçues par son ministère.

En principe, toute somme versée à un compte est saisissable à charge du titulaire de celui-ci (899). Le fait qu'elle ne fasse que transiter par le compte en raison de sa destination à la satisfaction d'un tiers ne contredit en rien cette solution. Il va sans dire que ces principes ne posent aucune difficulté si le titulaire du compte est solvable. La remise de fonds par ou en faveur d'une personne fait en effet naître une créance dans son chef.

Ce constat est cependant insatisfaisant lorsque le gestionnaire des fonds d'autrui est incapable de faire face à ses obligations. C'est dans cette occurrence qu'apparaît particulièrement l'intérêt d'isoler les fonds du patrimoine de l'*accipiens* (900). Ce n'est pas tout ; même en l'absence d'insolvabilité de ce dernier, il serait opportun d'éviter les flux entre ce qu'on pourrait qualifier, par une approximation que nous espérons néanmoins expressive, les « fonds propres » du titulaire du compte et les « fonds en transit ».

Aussi, à titre d'exception, plus ou moins étendue selon la doctrine, on enseigne que lorsqu'un compte est exclusivement destiné à servir de réceptacle de fonds destinés à autrui, ceux-ci ne font pas partie du patrimoine du titulaire du compte (901). Il s'agit du *kwaliteitsrekening*, ainsi dénommé par la doctrine néerlandophone, à qui l'on doit les principaux développements relatifs à ce type de comptes (902). La traduction

(899) G. de LEVAL, *Traité des saisies*, *op. cit.*, p. 628, n° 8.

(900) Une autre solution consiste à prévenir par des moyens énergiques la survenance de l'insolvabilité de l'*accipiens* ; c'est précisément le cas, comme nous l'avons vu, en ce qui concerne les organismes de crédit (voy. *supra*, n^{os} 120, 136 à 140 et 141 à 142) ; on constate par ailleurs que la ségrégation des fonds n'est pas la panacée étant donné que ces derniers restent souvent administrés par l'accipiens ; ainsi en est-il de la législation notariale : « La protection instaurée par la législation de 1935 ne vise nullement la gestion par le notaire mais bien l'isolement des avoirs qu'il détient pour compte des clients afin d'éviter toute confusion avec son patrimoine personnel » (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. 375, n° 15) ; l'amélioration de la protection des tiers déposants passe alors par un système d'assurance couvrant les indélicatesses, tel celui qui existe en matière notariale.

(901) G. de LEVAL, *Traité des saisies*, *op. cit.*, p. 629 ; R. PERROT et Ph. THÉRY, Procédures civiles d'exécution, *op. cit.*, pp. 420 et 421, n° 406 ; S. CIMAMONTI, *Biens insaisissables — Étendue*, *op. cit.*, p. 3, n° 5 : « Les sommes inscrites sur ces comptes ne sont détenus qu'à titre précaire par leur titulaire et ne font pas partie du patrimoine du professionnel si bien que les créanciers personnels de ce dernier ne peuvent valablement soutenir qu'elles constituent leur gage commun et dès lors les saisir ».

(902) On s'accorde à voir dans l'étude de M. E. DIRIX, « Actuele trends in de zakelijke zekerheidsrechten », in *Het zakenrecht : absoluut niet een rustig bezit*, Anvers, 1992 les premiers développements systématiques consacrés aux comptes qualitatifs ; l'auteur développa son propos dans une étude parue tout d'abord en néerlandais (« Kwaliteitsrekeningen », *T.P.R.*, 1996, pp. 71 et s.) et ensuite en français (« La propriété fiduciaire, outil de gestion. Les comptes rubriqués et qualitatifs », in *Le trust et la fiducie*, Bruylant, 1997, pp. 175 et s.).

DBL5151.book Page 420 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

française généralement proposée est le compte qualitatif [903]. De façon générale, il est défini comme « un compte dont il ressort de la dénomination que son titulaire l'a ouvert en une qualité particulière » [904].

Ainsi que le veulent les considérations qui l'ont inspiré, le solde du compte qualitatif ne peut faire l'objet de poursuites de la part des créanciers propres de son titulaire. Les fonds qui s'y trouvent ne seraient par contre pas à l'abri des prétentions des créanciers des destinataires de ces fonds. Comme l'écrit Mme de Pover, les comptes qualitatifs présentent « la spécificité que les sommes qui y sont versées n'entrent pas dans le patrimoine du titulaire du compte et ne peuvent dès lors être saisies par les créanciers personnels de celui-ci, le solde du compte ne pouvant être saisi que par les bénéficiaires effectifs du solde créditeur ou leurs créanciers » [905]. Cette première approche, qui n'a d'autre ambition que de familiariser le lecteur au mécanisme décrit, est évidemment superficielle ; nous y reviendrons plus longuement dans les lignes qui suivent.

305. Plan. Afin d'analyser le statut particulier de ces avoirs en compte, nous examinerons d'abord les principales hypothèses où le législateur a consacré, plus ou moins précisément, la ségrégation de fonds au sein d'un patrimoine (A). Nous tenterons ensuite de proposer une explication généralement applicable aux comptes de gestion des fonds d'autrui (B).

A. *Les comptes de gestion de fonds destinés à autrui : réglementations éparses*

306. Hypothèses dispersées. Les cas de figure abondent, où une personne, physique ou morale, est amenée à détenir des fonds pour le compte d'autrui. Rien d'étonnant, dès lors, que le législateur soit intervenu dans des hypothèses disparates pour protéger le destinataire économique des fonds. À côté du droit financier, qui consacre certaines obligations dans le chef des entreprises chargées de faire prospérer la fortune d'un épargnant, on relève le statut de l'administrateur provisoire chargé de gérer le patrimoine des personnes déclarées inaptes et, de façon plus générale, ceux du notaire et de l'avocat.

(903) C. ALTER, *Les comptes en banque*, *op. cit.*, n° 20.

(904) Traduction libre de l'extrait original : « een rekening waarbij bij de tenaamstelling wordt aangegeven dat de titularis de rekening houdt in een bepaalde kwaliteit » (V. SAGAERT, « De derdenrekening van een advokaat : een algemene kwaliteitsrekening ? », note sous Bruxelles, 9e ch., 26 mars 2002, *R.G.D.C.*, 2003, pp. 312 et s., sp. p. 318, n° 4) ; une définition identique se retrouve chez E. DIRIX et K. BROECKX, *Beslag*, *op. cit.*, p. 416, n° 713, au *R.P.D.B.*, v° Saisie-arrêt bancaire, Compl. VIII, p. 824, n° 58 et chez H. MOUREAU TAYMANS d'EYPERNON, « Vente d'immeuble et concours : quelques réflexions à propos de la protection des fonds destinés aux tiers au moyen des comptes de qualité des notaires », note sous Liège (7e ch.), 13 mai 1997, *Rev. prat. soc.*, 1998, pp. 206 et s., sp. p. 213.

(905) M.-F. DE POVER, « Trust — Fiducie — Administratiekantoor — Fondation du Liechtenstein », *Rép. not.*, t. IX, l. VI, Larcier, 2001, p. 96, n° 85.

DBL5151.book Page 421 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

I° Les entreprises d'investissement et la circulation des instruments financiers

307. Transferts successifs. Lieu privilégié de circulation des richesses, les transactions financières ne pouvaient faire l'impasse sur le problème de la détention de fonds pour le compte d'autrui. Dans la chronologie du processus d'investissement, nous examinerons d'abord les modalités du transfert de l'épargne à l'entreprise d'investissement (a) et ensuite la circulation des instruments financiers acquis grâce à cette épargne (b). Ces deux processus révèlent en effet des cas légaux de ségrégation de fonds.

a) *Réception de fonds par les entreprises d'investissement*

308. Cadre légal. La gestion de fortune est actuellement réglementée par la loi du 6 avril 1995 relative au statut des entreprises d'investissement et à leur contrôle, aux intermédiaires et aux conseillers en placement (906). Les dispositions du livre II de cette loi s'appliquent aux entreprises de droit belge dont l'activité habituelle consiste à fournir à des tiers des services d'investissement à titre professionnel, ainsi qu'aux entreprises de droit étranger qui exercent cette activité en Belgique (907). Ces prestataires d'activités sont dénommés entreprises d'investissement (article 44 de la loi du 6 avril 1995) ; à ce titre, ils sont soumis par la loi à des exigences d'accès à la profession, de transparence et de surveillance, afin d'assurer la protection de l'épargnant.

309. Typologie. L'article 46 de la loi du 6 avril 1995 établit la nomenclature des services d'investissements et des services auxiliaires. Sans entrer dans des détails inutiles pour notre propos, il importe de remarquer que les différents intermédiaires concernés (établissements de crédit, sociétés de bourse, sociétés de gestion de fortune et sociétés de conseil en placement) ne sont pas indistinctement admis à exercer tous les services (908).

Les sociétés de conseil en placement ne retiendront pas notre attention ; par essence, leur rôle se borne à proposer à leurs clients d'adopter tel ou tel comportement opportun dans une perspective d'enrichissement et non à gérer des avoirs. Au contraire, la gestion de fortune emporte la possibilité de « poser des actes de disposition portant sur les avoirs du client » (909). Selon la doctrine, l'intervention du gestionnaire

(906) Voy. A. WINCKELMANS de CLÉTY, « Les sociétés de gestion de fortune, les sociétés de courtage en instruments financiers et les sociétés de conseil en placement », in *La réforme des marchés et des intermédiaires financiers*, Bruylant, 1997, pp. 431 et s. ; B. FERON, « La gestion de fortune en droit belge », in *Aspects juridiques de la gestion de fortune*, Bruylant et Stämpfli, 1999, pp. 85 et s.

(907) L'article 45 de la loi soustrait, en tout ou en partie, de l'application de la loi certaines entreprises néanmoins appelées à fournir des services d'investissement.

(908) Voy. B. FERON, « La gestion de fortune en droit belge », *op. cit.*, pp. 88 et 89.

(909) B. FERON, « La gestion de fortune en droit belge », *op. cit.*, pp. 86 et 87.

DBL5151.book Page 422 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

de fortune s'analyse en un mandat (910), « assorti d'un contrat de louage d'ouvrage, au vu de l'importance du service de conseil et d'analyse financière sous-jacent » (911). On ajoute toutefois que la représentation parfaite est généralement absente de ce type de mandat (912), ce qui, dans une conception que nous approuvons, est antinomique puisque la représentation participe de l'essence du mandat (913). Comme l'écrit M. Wéry, ce débat est essentiel en ce qui concerne les effets externes du mandat (914). Quoi qu'il en soit, l'exercice de pareille mission nécessite une certaine emprise sur les fonds du client (915). Quel est leur statut ?

310. Principe de prohibition des dépôts de fonds entre les mains des entreprises d'investissement. Afin d'assurer une protection optimale de l'investisseur, il est interdit par principe aux entreprises d'investissement de recevoir des dépôts de fonds (article 77, § 1er, alinéa 1er, de la loi du 6 avril 1995) (916). La richesse à faire fructifier doit être déposée ailleurs, principalement auprès des établissements de crédit, au cœur de l'activité desquels se trouve cette mission. Cette interdiction est précisée

(910) P. WÉRY, « La gestion de fortune au regard du droit commun du mandat », in *Bankcontracten*, Die Keure, 2004, pp. 319 et s., sp. pp. 321 et 324, nos 1 et 3.

(911) B. FERON, « La gestion de fortune en droit belge », *op. cit.*, pp. 87 et 90 ; D. ROGER et M. SALMON, « Réflexions relatives à la responsabilité contractuelle des gérants de fortune et des conseillers en placements », *J.T.*, 1998, pp. 393 et s., sp. p. 394, n° 8 ; comp. A. VON PLANTA, « Les règles professionnelles liant le gérant de fortune notamment les directives de l'association suisse des banquiers concernant le mandat de gestion », in *Aspects juridiques de la gestion de fortune*, *loc. cit.*, pp. 139 et s., sp. pp. 139 et 140 : « (la gestion de fortune) inclut un grand nombre de rapports contractuels : l'obligation de gestion qui est imposée à la banque découle d'un mandat ; l'obligation de garder le portefeuille découle du contrat de dépôt ; l'achat et la vente de titres au nom de la banque mais pour le compte du client est une commission ; la détention des liquidités lorsque ces dernières ne sont pas investies est une relation de compte courant ».

(912) D. ROGER et M. SALMON, « Réflexions relatives à la responsabilité contractuelle des gérants de fortune et des conseillers en placements », *op. cit.*, p. 394, n° 8 et p. 398, n° 35 : « En matière de gestion de fortune, il n'y a généralement pas de représentation parfaite. En effet, le gestionnaire intervient très fréquemment sur les marchés en son nom propre, même s'il agit pour le compte du client. Il est personnellement tenu envers la contrepartie à l'exécution des ordres qu'il passe, tandis que son client n'est tenu d'aucun engagement envers le tiers ».

(913) P. WÉRY, « Le mandat », *Rép. not.*, t. IX, l. VII, Larcier, 2000, p. 57, n° 1 et p. 111, n° 54 ; A.-V. DELOZIÈRE-LE FUR, *La compensation dite multilatérale*, *op. cit.*, pp. 146 à 150, n° 170 ; comp. B. TILLEMAN, *Le mandat*, Kluwer, 1999, p. 4, n° 3 qui, en substance, estime que la discussion à ce propos ne présente guère d'intérêt.

(914) P. WÉRY, « La gestion de fortune au regard du droit commun du mandat », *op. cit.*, p. 327, n° 4.

(915) On verra que l'exception à l'interdiction de dépôt entre les mains des entreprises d'investissement ne s'applique qu'aux « dépôts nécessaires aux activités » de celles-ci (J.-M. VAN COTTEM, « La réception de dépôts par les entreprises d'investissement », *Rev. Banque*, 1996, pp. 346 et s., sp. p. 347, n° 3.2).

(916) Sur ce thème, en général, voy. J.-M. VAN COTTEM, « La réception de dépôts par les entreprises d'investissement », *op. cit.* ; B. FERON, « La gestion de fortune en droit belge », *op. cit.*, p. 94 ; A. WINCKELMANS de CLÉTY, « Les sociétés de gestion de fortune, les sociétés de courtage en instruments financiers et les sociétés de conseil en placement », *op. cit.*, pp. 456 et 457 : « Les sociétés de gestion de fortune ne peuvent pas plus recevoir des instruments financiers appartenant à des investisseurs qu'elles ne peuvent recevoir des dépôts de fonds. En conséquence, elles doivent confier la garde des avoirs gérés à un dépositaire distinct, c'est à dire essentiellement un établissement de crédit ou une entreprise d'investissement agréée pour garder des espèces ou instruments financiers ».

DBL5151.book Page 423 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

par les articles 11 à 14 de l'arrêté royal du 5 août 1991 relatif à la gestion de fortune et au conseil en placement. Ce texte réglementaire a été promulgué en exécution d'une disposition désormais abrogée de la loi du 4 décembre 1990 ; son maintien en vigueur n'est cependant pas sujet à controverse (917).

L'article 11 de cet arrêté royal impose que la convention liant l'épargnant au gestionnaire de fortune mentionne l'identité et la fonction du dépositaire, ainsi que le numéro du ou des comptes ouverts *au nom du client* auprès du dépositaire. L'article 13 détermine d'autres mentions que doit contenir la convention conclue entre la société de gestion de fortune et le dépositaire : mention de l'obligation pour le dépositaire, aussitôt l'opération exécutée, d'en informer immédiatement le client et la société de gestion de fortune et de leur communiquer la situation du compte espèces, mention du droit exclusif du client et de ses mandataires de retirer des avoirs ou valeurs mobilières du ou des comptes ouverts auprès du dépositaire et mention de l'interdiction pour la société de gestion de fortune de retirer ces avoirs ou ces valeurs mobilières, sans préjudice de la possibilité pour la société et le client de convenir que les commissions contractuellement dues peuvent être retirées du compte du client par la société (918).

En résumé, la société de gestion de fortune agit en qualité de mandataire pour opérer des mouvements de comptes ouverts au nom exclusif de l'épargnant auprès d'établissements de crédit ou de sociétés de bourse. Dans pareille hypothèse, la richesse de l'épargnant ne quitte jamais son patrimoine.

311. Exception limitée : les sociétés de bourse. À titre dérogatoire, la société de bourse, entreprise d'investissement aux accès et fonctionnement particulièrement réglementés, est autorisée à recevoir certains

(917) B. FERON, « La gestion de fortune en droit belge », *op. cit.*, pp. 90 et 91, note n° 21 ; l'abrogation de cet arrêté royal et son remplacement par un autre seraient néanmoins les bienvenus ; ainsi, son article 12, alinéa 1er, est surprenant : « Lorsqu'il est mis fin à la convention de gestion de fortune par la société ou par le client, la société doit le notifier au dépositaire par lettre recommandée à la poste ou avec accusé de réception, sauf si ce dernier et la société de gestion de fortune sont une seule et même personne » ; la réserve de d'identité entre le dépositaire et la société de gestion de fortune s'oppose à la volonté du législateur ; à nos yeux, cette *inelegentia juris*, dont l'origine gît probablement dans le fait que cet arrêté royal applique des dispositions législatives abrogées et remplacées par d'autres, ne peut que viser l'hypothèse particulière de la société de bourse.

(918) En France, aux termes de l'article 9 du règlement n° 96-03 de la C.O.B. relatif aux règles de bonne conduite applicables au service de gestion de portefeuille pour le compte de tiers, l'obligation du prestataire de disposer de moyens adaptés à ses activités signifie notamment « une organisation interne adéquate permettant de justifier en détail l'origine, la transmission et l'exécution des ordres, et notamment l'individualisation des opérations effectuées ; en cas d'exercice conjoint des activités de gestion de portefeuille et de transmission d'ordres pour un même client, le prestataire doit demander que des comptes distincts soient ouverts dans les livres du dépositaire teneur de compte » ; ce règlement est reproduit par Th. BONNEAU, « Le mandat du gérant de fortune, ses obligations et sa responsabilité en droit français », in *Aspects juridiques de la gestion de fortune*, Bruylant et Stämpfli, 1999, pp. 23 et s., sp. p. 51.

DBL5151.book Page 424 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

types de dépôts en attente d'affectation (article 77, § 1er, alinéa 2, de la loi du 6 avril 1995) (919). Les transactions qui incombent à la société de bourse dans le cadre de sa mission nécessitent la disposition de fonds qui devront supporter une période de latence avant de servir à l'acquisition d'instruments financiers (920).

Nonobstant le fait qu'ils soient autorisés, ces dépôts temporaires « doivent être placés […] au nom de la société de bourse sur un compte clients global ouvert auprès d'un établissement agréé à cette fin, par catégorie ou individuellement, par l'autorité de contrôle […], [sans] préjudice [de] la possibilité pour les sociétés de bourse de placer les dépôts […] sur des comptes sous-rubriqués au nom de clients individuels ouverts auprès des établissements agréés » (article 77, § 2, alinéas 1er et 2). Ces comptes clients globaux ou individuels « doivent être distincts des comptes ouverts par la société de bourse pour son propre compte auprès du même établissement. Les établissements agréés ne peuvent, sur les avoirs déposés sur un compte clients global ou individuel, faire valoir de droits résultant de créances propres détenues sur la société de bourse qui a ouvert ces comptes. Ces avoirs ne peuvent faire l'objet d'une saisie-arrêt par les créanciers de la société de bourse » (article 77, § 2, alinéa 3).

Le placement visé à l'article 77, § 2, alinéa 1er, ne s'impose cependant pas « pour les fonds exigibles depuis sept jours maximum, pour les valeurs de couverture ni pour d'autres dépôts désignés par l'autorité de contrôle en raison de leur nature spécifique. L'autorité de contrôle fixe les modalités de cette exemption et désigne les actifs dans lesquels les avoirs en cause doivent être placés. Elle peut interdire que tout ou partie de ces fonds soient rémunérés par la société de bourse. Les règlements visés dans le présent paragraphe sont pris après consultation des Sociétés des bourses de valeurs mobilières et entrent en vigueur après approbation par le ministre des Finances » (article 77, § 2, alinéas 4 et 5) (921). En application de cette disposition, un arrêté ministériel du 31 décembre

(919) L'article 77 de la loi du 6 avril 1995 a été modifié par l'article 11 de la loi du 30 janvier 1996 (*M.B.*, 20 févr. 1996).

(920) M. GRÉGOIRE, « La ségrégation des dépôts auprès des sociétés de bourse », in *La réforme des marchés et des intermédiaires financiers*, Bruylant, 1997, pp. 625 et s., sp. p. 629, n° 14 ; *adde* J.-M. VAN COTTEM, « La réception de dépôts par les entreprises d'investissement », *op. cit.*, pp. 347 à 349, n° 3.1 à 3.4, qui consacre d'intéressants développements au lien nécessaire devant exister entre les fonds déposés et l'exécution de la mission de la société de bourse ; relevant que la loi de 1995 « met davantage l'accent sur le rôle de dépositaire exercé par les sociétés de bourse en autorisant la réception de dépôts à plus long terme », l'auteur précise que cette latitude a pour contrepartie l'obligation pour les sociétés de bourse « de se dessaisir des dépôts de clients en leur imposant de les placer sur des comptes *ad hoc* ouverts auprès d'établissements agréés ».

(921) « Il convenait […] de tenir compte des besoins opérationnels des sociétés de bourse liés, notamment, à la nature des relations entre celles-ci et leur clientèle, lesquelles se caractérisent par des contacts fréquents s'accompagnant de la remise matérielle de fonds » (J.-M. VAN COTTEM, « La réception de dépôts par les entreprises d'investissement », *op. cit.*, p. 350, n° 4).

DBL5151.book Page 425 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

1995 a approuvé un règlement de la Caisse d'intervention des sociétés de bourse sur le placement de fonds de clients (922). Ce règlement précise la teneur de cette exception à l'obligation de placement qui incombe en principe aux sociétés de bourse.

En vertu de l'article 77, § 3, « les avoirs déposés sur un compte clients global, ainsi que les avoirs placés sur un compte sous-rubriqué au nom de clients individuels au cas où le titulaire ne peut revendiquer ceux-ci, sont affectés par privilège spécial au remboursement des dépôts visés au § 1er, alinéa 2, à l'exception : 1° des dépôts ayant pu être revendiqués par leurs titulaires ; 2° des dépôts pour lesquels il a été fait usage de l'exemption visée au § 2, alinéa 4 ». On constate donc que le législateur confère à l'investisseur un privilège sur les avoirs déposés sur les comptes ouverts par la société de bourse.

312. Statut des fonds ségrégués. Comment analyse-t-on les conséquences juridiques de la ségrégation des fonds ? Cette question a retenu l'attention de Mme Grégoire (923). L'auteur affirme nettement qu'en application du droit commun, les fonds remis par l'épargnant à la société de bourse deviennent la propriété de cette dernière (924). La consécration d'un privilège par l'article 77, § 3, de la loi, corrobore cette opinion : il serait absurde qu'un privilège grève le patrimoine du titulaire de la créance garantie (925). Certes, cette même disposition évoque la possibilité de revendiquer ces fonds mais, estime Mme Grégoire, il ne s'agit là que d'une exception qui ne s'explique que dans deux hypothèses : celle d'un mandat pur et simple donné par l'épargnant à l'entreprise d'investissement et celle de l'éventuelle application d'un droit étranger (926). Dès lors, en raison du principe de transfert de propriété des fonds à la société de bourse, le risque d'insolvabilité de cette dernière doit être combattu ; il l'est par une « combinaison de divers mécanismes traditionnels » (927).

(922) *M.B.*, 6 mars 1996.

(923) M. GRÉGOIRE, « La ségrégation des dépôts auprès des sociétés de bourse », in *La réforme des marchés et des intermédiaires financiers*, *loc. cit.*, pp. 625 et s.

(924) M. GRÉGOIRE, « La ségrégation des dépôts auprès des sociétés de bourse », *op. cit.*, p. 628, n° 13 ; *adde ibid.*, p. 630, n° 16 : « L'appartenance de la créance issue du 'compte clients' ne paraît pas douteuse : elle fait naître une obligation de restitution du solde créditeur éventuel du compte au profit de la personne au nom de laquelle le compte a été ouvert, sans représentation. Cette créance relève dès lors du patrimoine de la société de bourse ».

(925) En ce sens ég. : J.-P. BUYLE et M. DELIERNEUX, « Jurisprudence commentée en droit bancaire et boursier », *R.D.C.*, 1999, pp. 677 et s., sp. p. 687.

(926) M. GRÉGOIRE, « La ségrégation des dépôts auprès des sociétés de bourse », *op. cit.*, p. 630, n° 16 ; comp. les propos très prudents de M. Van Cottem : « Bien que la loi ne l'affirme pas expressément, on peut déduire du § 3 de l'article 77 que les comptes sous-rubriqués au nom de clients individuels pourraient être susceptibles de revendication et ne tomberaient, dès lors, pas dans la masse » (J.-M. VAN COTTEM, « La réception de dépôts par les entreprises d'investissement », *op. cit.*, pp. 350 et 351, n° 5).

(927) M. GRÉGOIRE, « La ségrégation des dépôts auprès des sociétés de bourse », *op. cit.*, p. 630, n° 15.

DBL5151.book Page 426 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

Les fonds déposés grossissent les actifs de la société de bourse [928], mais des limitations sont apportées aux créanciers de celle-ci autres que ses clients, puisque, comme on l'a vu, les établissements agréés ne peuvent se prévaloir de clauses d'unicité ou de compensation de comptes et les créanciers de la société de bourse ne peuvent formaliser une saisie-arrêt sur ces avoirs. La conciliation de ces deux constats n'est guère aisée [929]. Après avoir posé pour principe que l'avoir bancaire ressortit du patrimoine de la société de bourse, Mme Grégoire estime qu'à l'égard de l'établissement de crédit, le compte clients doit être considéré « de manière générale, comme ne faisant pas partie intégrante des actifs de la société de bourse » [930].

Dans son constat final, Mme Grégoire considère que « bien qu'en ce qui concerne les créanciers autres que l'établissement de crédit agréé, seule l'interdiction de la saisie-arrêt soit formellement exprimée par l'article 77, § 2, alinéa 3, de la loi du 6 avril 1995, sans que n'apparaisse le principe plus général de la prohibition de l'invocation d'un droit propre aux créanciers de la société de bourse sur les comptes clients, l'esprit de la réglementation commande implicitement, mais sans conteste, qu'au delà de l'insaisissabilité de la créance née du compte clients par un créancier de la société de bourse, ce soit l'indisponibilité de cette créance que le législateur a entendu assurer en n'en autorisant, pas plus que la saisie-arrêt, l'engagement ou la cession ».

Comparant le système mis en place par le législateur de 1995 avec celui de la loi du 9 juillet 1975 relative au contrôle des entreprises d'assurances, Mme Grégoire estime que « la ségrégation des fonds instaurée par la loi du 6 avril 1995, à l'instar de la constitution des patrimoines spéciaux en vertu de la loi du 9 juillet 1975, organise, en plus du privilège spécial accordés aux créanciers protégés en cas de concours sur le patrimoine du débiteur, une affectation qui n'est […] pas sans rappeler celle caractérisant la sûreté réelle » [931]. Il s'agit de mettre sur pied un « maintien contrôlé [des valeurs] dans le patrimoine du professionnel »

(928) « Que l'insolvabilité de la société de bourse survienne et les sommes inscrites au crédit d'un « compte clients » viendront grossir, en principe, les actifs à répartir entre tous les créanciers en concours. La règle déposée à l'article 7 de la loi hypothécaire […] qui n'est pas formellement écartée sur ce point fondamental par l'article 77 de la loi du 6 avril 1995 impose cette solution » (M. GRÉGOIRE, « La ségrégation des dépôts auprès des sociétés de bourse », *op. cit.*, p. 631, n° 16) ; cette position est surprenante au regard du statut insaisissable de ces fonds à charge de la société de bourse…

(929) Ainsi, comment justifier l'impossibilité d'une saisie-arrêt à charge de la société de bourse avec la présence de la créance dans le patrimoine failli, fût-elle affectée du privilège institué par l'article 77, § 3, de la loi du 6 avril 1965 ?

(930) M. GRÉGOIRE, « La ségrégation des dépôts auprès des sociétés de bourse », *op. cit.*, p. 632, n° 19.

(931) M. GRÉGOIRE, « La ségrégation des dépôts auprès des sociétés de bourse », *op. cit.*, p. 635, n° 23.

DBL5151.book Page 427 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

pour assurer la rémanence de l'assiette du privilège dans le patrimoine de la société de bourse (932).

Nous ajouterons qu'il est nécessaire de sauvegarder la cohérence de la loi du 9 avril 1995 avec le système de protection des épargnants. Un agencement doit logiquement s'opérer entre les deux réglementations (933). À nos yeux, l'intervention du système s'apparente à un système d'assurance contre l'insolvabilité. À la recherche d'une « intégration harmonieuse dans l'ordre juridique existant » de pareils mécanismes du droit financier (934), si nous comprenons bien le parcours sinueux des normes législatives (935), les fonds versés par l'épargnant se trouvent dans le patrimoine de la société de bourse et sont grevés d'un privilège spécial garantissant la créance de restitution née de ce versement au profit du client de la société de bourse (936). La disparition de cette assiette, qui résultera le plus souvent d'une indélicatesse de la société de bourse, justifiera alors la couverture, dans les conditions légales, du préjudice de l'épargnant par le Fonds de protection des dépôts et des instruments financiers.

b) *Circulation des instruments financiers*

313. Système de fongibilité. Les instruments financiers étant par destination négociables, il est indispensable qu'ils puissent circuler aisément. Parmi diverses difficultés, les contingences matérielles, telles la conservation et le transfert d'une énorme quantité de documents, ne pouvaient

(932) M. GRÉGOIRE, « La ségrégation des dépôts auprès des sociétés de bourse », *op. cit.*, p. 637, n° 26.

(933) Voy. M. TISON, « De bescherming van de beleggers —Toestand *de lege lata* en *de lege ferenda* », in *La réforme des marchés et des intermédiaires financiers*, *loc. cit.*, pp. 669 et s., sp. p. 685, n° 24 : « De verplichtingen die op de beleggingsonderneming wegen inzake herbelegging van deze tegoeden en inzake segregatie tussen de tegoeden aangehouden voor eigen rekening en voor rekening van derden, vormen, behoudens onregelmatigheden door de beleggingsonderneming, in beginsel een voldoende garantie voor de deponenten ter recuperatie van hun tegoeden. Wanneer de belegde tegoeden voldoende zijn geïndividualiseerd in de gezamenlijke cliëntenrekening […] is aan te nemen dat de cliënt de gelden rechtstreeks van deze erkende instelling kan revindiceren […] Is revendicatie niet mogelijk bij gebreke aan individualisering van de belegde tegoeden, dan genieten de cliënten niettemin een bijzonder voorrecht op de regelmatig herbelgde deposito's. Voorgaande hypotheses kunnen in geval van deficiëntie de integrale terugbetaling lastens de massa vereenvoudigen, zodat tegemoetkoming door het Interventiefonds wordt vermeden ».

(934) X. DIEUX, « Droit financier et droit commun », in *La réforme des marchés et des intermédiaires financiers*, *loc. cit.*, pp. 807 et s., sp. p. 808.

(935) Comp. J.-M. VAN COTTEM, « La réception de dépôts par les entreprises d'investissement », *op. cit.*, p. 351, n° 5, qui évoque successivement les différentes garanties dont jouit l'épargnant (revendication des fonds, privilège et intervention du système de protection) sans se préoccuper des relations assez paradoxales que ces garanties nouent entre elles.

(936) Les instruments financiers acquis par la société de bourse seraient, quant à eux, la propriété des investisseurs : « le mode normal de traitement (des instruments financiers), en cas de défaillance, consiste à les restituer aux investisseurs, ceux-ci disposant d'un droit de propriété sur ces instruments » (J.-P. VAN COTTEM, « Le système belge de protection des dépôts et des instruments financiers », *Rev. Banque*, 1999, pp. 146 et s., sp. p. 148, n° 15).

DBL5151.book Page 428 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

laisser le législateur indifférent (937). Il s'imposait, dès lors, de conférer aux titres une fongibilité qui ne les caractérise pas naturellement et de permettre leur circulation par un compte-titres (938). Tel était l'objectif de l'arrêté royal n° 62 du 10 novembre 1967 favorisant la circulation des instruments financiers. Plus récemment, la dématérialisation des titres entendait répondre à un besoin identique. Eu égard au fait que le régime de circulation des titres dématérialisés, dont il faut s'abstenir de penser qu'ils ont pour autant « accédé à une inconsistance séraphique » (939), s'inspire généralement des mécanismes mis sur pied par l'arrêté royal n° 62, il ne sera question dans les lignes qui suivent que de celui-ci (940).

Modifiée à de nombreuses reprises, cette législation a fait l'objet d'une coordination par un arrêté royal du 27 janvier 2004 (941). Depuis le 23 février 2004, il s'intitule désormais « Arrêté royal n° 62 coordonné relatif au dépôt d'instruments financiers fongibles et à la liquidation d'opérations sur ces instruments ». Cette coordination est intervenue après les substantielles modifications provoquées par la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers (942).

314. Description générale. L'examen approfondi de cette législation dépasserait notablement les limites de la présente recherche (943). Nous

(937) G. SCHRANS et R. STEENNOT, Algemene deel van het financieel recht, *op. cit.*, p. 251, n° 270 ; *adde* A.-S. PIJCKE, « La contrepartie, la compensation, l'obligation de délivrance d'un bordereau, le privilège boursier et l'exception de jeu dans la loi du 6 avril 1995 », in *La réforme des marchés et des intermédiaires financiers*, Bruylant, 1997, pp. 371 et s., sp. p. 382 : « La circulation [des] titres, puisqu'elle nécessitait une individualisation, entraînait donc des formalités et des coûts très importants. Il apparaissait clairement qu'une simplification devait être apportée en ce domaine. Le législateur a décidé de résoudre ces inconvénients en instituant notamment, pour tous les titres admis en circulation scripturale, le régime légal de fongibilité. Dans ce régime, les titres perdent leur identité numérique. Ils sont signés exclusivement en nombre et en nature pour établir la preuve de leur propriété ou de leur mise en gage »

(938) MM. Schrans et Steennot relèvent qu'en Belgique, 90 % des transactions sur titres interviennent via un compte-titres (G. SCHRANS et R. STEENNOT, *Algemene deel van het financieel recht*, *op. cit.*, p. 253, n° 271, note n° 229).

(939) D.R. MARTIN, « La théorie de la scripturalisation », *D.*, 2004, Chron., pp. 1702 et s., sp. n° 1.

(940) L'existence des titres dématérialisés est consacrée par la loi du 2 janvier 1991 relative au marché des titres de la dette publique, par la loi du 22 juillet 1991 relative aux billets de trésorerie et aux certificats de dépôt et aux instruments de la politique monétaire (qui renvoie au système établi par la loi du 2 janvier 1991) et par le Code des sociétés, en ses articles 468 à 475 ; sur le régime juridique des titres dématérialisés, voy. G. SCHRANS et R. STEENNOT, *Algemene deel van het financieel recht*, *op. cit.*, pp. 286 à 303, n^{os} 301 à 316 ;

(941) Arrêté royal du 27 janvier 2004 portant coordination de l'arrêté royal n° 62 du 10 novembre 1967 favorisant la circulation des instruments financiers, *M.B.*, 23 févr. 2004

(942) Sur ces modifications, voy. M. VAN DER HAEGEN et A. FONTAINE, « Les dispositions de la loi du 2 août 2002 en matière de compensation et de liquidation d'opérations sur instruments financiers », *Dr. banc. fin.*, 2003, pp. 69 et s.

(943) Voy. sur ce point G. SCHRANS et R. STEENNOT, *Algemene deel van het financieel recht*, *op. cit.*, pp. 251 à 286, n^{os} 270 à 300 ; il importe de garder à l'esprit que ce remarquable ouvrage est sorti de presse avant la coordination de l'arrêté royal n° 62.

DBL5151.book Page 429 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

nous bornerons à rappeler que la circulation des instruments financiers repose sur un système de dépôt centralisé d'instruments financiers, lié à l'inscription de ces derniers sur un compte courant auprès d'un intermédiaire financier qui détient lui-même un compte auprès du dépositaire central (944). Les intermédiaires financiers sont dénommés « affiliés » par l'article 1er de l'arrêté royal n° 62 (945) ; il s'agit essentiellement des établissements de crédit et des sociétés de bourse. Le dépositaire central est quant à lui appelé organisme de liquidation ; outre la Banque nationale de Belgique expressément citée par l'arrêté royal n° 62, le Roi a agréé en qualité d'organisme de liquidation la Caisse interprofessionnelle de dépôts et de virements de titres (usuellement dénommée CIK) et la S.A. Euroclear. *Mutatis mutandis*, l'organisme de liquidation joue pour les transactions sur instruments financiers le rôle imparti aux organismes interbancaires pour les transferts de monnaie scripturale. Le système repose sur une succession de dépôts des instruments financiers ; les titres achetés par l'épargnant sont déposés sur son compte-titres ouvert auprès d'un affilié ; celui-ci les dépose auprès de l'organisme de liquidation, qui peut lui-même les verser auprès d'autres dépositaires en Belgique ou à l'étranger (946).

La fongibilité des instruments financiers est assurée par l'article 6 de l'arrêté royal (947). Nécessaire à la fluidité de la circulation des titres, cette fongibilité portait en elle des germes d'incertitude. Des précautions étaient donc nécessaires pour éviter la déperdition des titres en cas d'accident de parcours. Trois caractéristiques de ce système, relatives aux droits concrets de l'épargnant sur les titres remis à l'intermédiaire financier, retiendront notre attention (948).

---

(944) G. SCHRANS et R. STEENNOT, *Algemene deel van het financieel recht*, *op. cit.*, p. 258, n° 276.

(945) L'article 2, 9°, de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux secteurs financiers, recourt quant à elle à la notion d'intermédiaire financier, défini comme « toute personne qui a pour activité habituelle de fournir des services d'investissement à titre professionnel » ; une uniformisation des qualifications serait la bienvenue dans cette matière particulièrement technique.

(946) G. SCHRANS et R. STEENNOT, *Algemene deel van het financieel recht*, *op. cit.*, p. 265, n° 284.

(947) Aux termes de cette disposition, « les instruments financiers versés à l'organisme de liquidation dans le régime des comptes courants sont fongibles. L'organisme de liquidation a la faculté de restituer à ses affiliés des instruments financiers au porteur identiques sans concordance de numéro. Il en est de même des affiliés à l'égard de leurs déposants d'instruments financiers fongibles. Le virement de compte à compte d'instruments financiers fongibles ne donne lieu à spécification de numéro ni dans le chef de l'organisme de liquidation, ni dans celui des affiliés. Les intermédiaires financiers sont dispensés d'inscrire dans leurs livres les numéros des instruments financiers fongibles qu'ils sont chargés de négocier ».

(948) « L'arrêté royal n° 62 du 10 novembre 1967 et les diverses modifications subies depuis sont empreints de pragmatisme. La terminologie usitée est peu compatible avec les principes du droit commun » (Ch.-Gh. WINANDY, « La mise en gage de comptes bancaires, de comptes titres et de titres dématérialisés », *op. cit.*, sp. p. 174, n° 66).

DBL5151.book Page 430 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

315. Droit de copropriété. En premier lieu, l'article 2, alinéa 3, de l'arrêté précité consacre une forme de copropriété incorporelle : « Le dépôt d'instruments financiers auprès d'un organisme de liquidation ou de l'un de ses affiliés sous le bénéfice des dispositions de l'arrêté royal n° 62 confère au déposant un droit de copropriété qu'il partage avec tous les titulaires de comptes ouverts auprès de cet organisme de liquidation ou de cet affilié sur la masse des titres de même nature déposés en leur nom dans le régime de fongibilité. Ce droit de copropriété est un droit réel. Ce droit réel est de nature incorporelle puisqu'il ne s'identifie pas à la chose qui en fait l'objet : les instruments financiers déposés sous le régime de la fongibilité ne sont en effet pas identifiés par leur numéro » (949).

La doctrine invite donc à distinguer, parmi les prérogatives de l'investisseur, son droit sur le solde créditeur du compte-titres, d'une part, et, d'autre part, son droit sur les instruments financiers sous-jacents qui font l'objet du dépôt (950). L'utilité de cette distinction se révèle en cas de faillite de l'intermédiaire financier ; aux termes de l'article 13, alinéa 2, de l'arrêté royal, en effet, « en cas de faillite de l'affilié ou de toute autre situation de concours, la revendication du nombre des instruments financiers fongibles dont l'affilié est redevable, s'exerce collectivement sur l'universalité des instruments financiers fongibles de la même catégorie, inscrits au nom de l'affilié auprès d'autres affiliés ou auprès de l'organisme de liquidation. Si, dans le cas visé à l'alinéa 2, cette universalité est insuffisante pour assurer la restitution intégrale des instruments financiers dus inscrits en compte, elle sera répartie entre les propriétaires en proportion de leurs droits ». MM.

(949) M. VAN DER HAEGEN et A. FONTAINE, « Les dispositions de la loi du 2 août 2002 en matière de compensation et de liquidation d'opérations sur instruments financiers », *op. cit.*, p. 80, n° 34 ; *adde* l'exposé des articles de la loi du 2 août 2002 : « Le même paragraphe vise ensuite à préciser de manière explicite dans le texte de l'arrêté royal n° 62 la nature des droits réels incorporels des propriétaires d'instruments financiers soumis au régime de l'arrêté royal n° 62. Ainsi que le mentionnait déjà l'exposé des motifs de la loi du 7 avril 1995 modifiant les lois coordonnées sur les sociétés commerciales et l'arrêté royal n° 62, le dépôt fongible transforme le droit des déposants en un droit de co-propriété sur l'universalité que constituent toutes les inscriptions en compte auprès de l'organisme de liquidation ou de l'affilié relatives aux instruments financiers de la même catégorie et des droits qui y sont attachés. Cette définition précise ainsi la notion d'instruments financiers définie à l'article 1er*bis* nouveau par la prise en compte non seulement des instruments financiers sous-jacents déposés initialement en fongibilité mais aussi des droits de copropriété y relatifs qui vont seuls en réalité faire par la suite l'objet de transferts ou de mises en gage de manière scripturale. En finale, ce sont évidemment les titres sous-jacents, détenus en coffres ou par le biais de dépositaires, qui vont faire l'objet d'une restitution ou, en cas de gage organisé par l'article 5, d'une réalisation en faveur de leurs titulaires. Cette définition consacre l'enseignement de la doctrine en la matière » (Projet de loi relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers et projet de loi complétant, en ce qui concerne les voies de recours, contre les décisions prises par le ministre, par la CBF, par l'OCA et par les entreprises de marché et en ce qui concerne l'intervention de la CBF et de l'OCA devant les juridictions répressives, la loi du… relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers et modifiant diverses autres dispositions légales, *Doc. parl.*, Ch. repr., nos 1842/001 et 1843/001, pp. 115 et 116).

(950) G. SCHRANS et R. STEENNOT, *Algemene deel van het financieel recht*, *op. cit.*, p. 272, n° 289.

DBL5151.book Page 431 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

Schrans et Steennot concluent : « De titularissen van de financiële instrumenten hebben m.a.w. de mogelijkheid, op grond van het recht van mede-eigendom, tot zakenrechtelijke revindicatie ervan, ondanks het feit dat hun financiële instrumenten niet meer individualiseerbaar zijn » (951).

316. Isolement des instruments financiers. En deuxième lieu, on relève l'existence d'une obligation de ségrégation dans le chef des intermédiaires financiers. Cette obligation, introduite dans l'arrêté royal n° 62 par la loi du 7 avril 1995, est désormais prescrite par l'article 26, 16°, de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers (952). Aux termes de cette disposition, les intermédiaires financiers qualifiés établis en Belgique, autres que ceux visés à l'article 2, 10°, *h* (953), doivent conserver sur des comptes distincts auprès de l'organisme de compensation ou de l'organisme de liquidation les instruments financiers qu'ils détiennent pour compte propre ou pour compte de tiers, la même règle étant applicable aux instruments financiers que ces intermédiaires pourraient détenir auprès d'autres intermédiaires financiers. La doctrine ne paraît pas avoir consacré de développements particuliers aux conséquences de cette ségrégation.

317. Interdiction de saisie-arrêt. En troisième lieu, les droits des créanciers du titulaire du compte-titres retiennent l'attention du législateur dans l'article 11 de l'arrêté royal. Aux termes de l'alinéa 1er de cette disposition, aucune saisie-arrêt n'est admise sur les comptes courants d'instruments financiers ouverts dans les écritures de l'organisme de liquidation et sur les instruments financiers donnés en dépôt par l'organisme de liquidation. Plusieurs justifications sont évoquées en doctrine : le souci d'assurer la rapidité de l'exécution des ordres de virement, l'intérêt personnel des investisseurs à l'intégrité de l'élément d'actif que constitue le compte ouvert par l'intermédiaire financier et le fait que les instruments financiers déposés auprès de l'organisme de liquidation ne sont pas individualisés par propriétaire (954).

Au contraire, une saisie-arrêt entre les mains de l'intermédiaire financier est parfaitement possible : « Sans préjudice de l'application de l'article 12 et de l'article 13, en cas de faillite ou de toute autre situation de concours, les créanciers du propriétaire des instruments financiers

(951) G. SCHRANS et R. STEENNOT, *Algemene deel van het financieel recht*, *op. cit.*, p. 273, n° 289.

(952) Sur la raison d'être de ce déplacement de la norme applicable, voy. M. VAN DER HAEGEN et A. FONTAINE, « Les dispositions de la loi du 2 août 2002 en matière de compensation et de liquidation d'opérations sur instruments financiers », *op. cit.*, pp. 80 et 81, n° 35 ; voy. ég. G. SCHRANS et R. STEENNOT, *Algemene deel van het financieel recht*, *op. cit.*, p. 268, n° 285.

(953) Cette exception vise en fait la Banque nationale de Belgique.

(954) G. SCHRANS et R. STEENNOT, *Algemene deel van het financieel recht*, *op. cit.*, pp. 282 et 283, n° 296.

DBL5151.book Page 432 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

peuvent faire valoir leurs droits sur le solde disponible des instruments financiers versés à un compte au nom et pour compte de leur débiteur, après déduction ou addition des instruments financiers qui, en vertu d'engagements conditionnels, d'engagements dont le montant est incertain, ou d'engagements à terme de livraison d'instruments financiers, sont entrés, le cas échéant, dans une partie distincte de ce compte titres, le jour de la faillite ou du concours, et dont l'inclusion dans le solde disponible est différée jusqu'à la réalisation de la condition, la détermination du montant ou l'écoulement du terme. Les engagements conditionnels ou dont le montant est incertain, ou les engagements à terme, visés à l'alinéa 2, sont limités aux engagements découlant d'une relation juridique entre le titulaire du compte titres concerné et le teneur de ce compte » (955).

Par ailleurs, en application de l'article 14 de l'arrêté royal, « le paiement des dividendes, des intérêts et des capitaux échus des instruments financiers fongibles à l'organisme de liquidation est libératoire pour l'émetteur. Les sommes ainsi payées sont insaisissables par les créanciers de l'organisme de liquidation » (956). À nouveau, le législateur interdit aux créanciers d'un « possesseur » de fonds de s'emparer de ces derniers.

2° Les sommes détenues par les notaires

318. Généralités. De façon plus fréquente encore que d'autres professions juridiques (957), les notaires sont amenés à manier des fonds destinés à autrui (958). La loi du 25 ventôse an XI organique du notariat ne prévoyait initialement aucune mesure de protection de ces sommes, en sorte que les notaires recevaient sans contrainte tous dépôts de sommes, de titres et de valeurs. La crise économique des années trente et ses

(955) On relève que cette disposition n'est pas applicable lorsque les instruments financiers sont remis à un affilié (article 17), bien que l'accord du déposant pour les soumettre au régime de fongibilité ait les mêmes effets que le versement à l'organisme de liquidation, sans que l'affilié soit tenu de les verser à l'organisme de liquidation ; faut-il en déduire qu'une saisie-arrêt reste possible entre les mains de l'affilié ? Le texte n'est pas limpide à ce sujet.

(956) L'article 14, alinéa 2, prescrit ensuite que « l'organisme de liquidation rétrocède ces dividendes, intérêts et capitaux aux affiliés en fonction des montants des instruments financiers inscrits à leur nom à l'échéance. Ces paiements sont libératoires pour l'organisme de liquidation ».

(957) Les huissiers de justice, qui jouissent d'un monopole de principe pour procéder aux opérations d'exécution, voient également d'importantes sommes transiter par leurs études ; de façon assez singulière, aucune disposition particulière ne semble régir la gestion de pareils fonds.

(958) Sur ce thème en général, voy. R. BOURSEAU, « Les dépôts notariaux de sommes et de titres au porteur », in *Chron. dr. not.*, vol. XXXVIII, Larcier, 2003, pp. 273 et s. et, du même auteur, « Les comptes rubriqués du notaire. Le droit actuel et ses lacunes », *Rev. not.*, 2004, pp. 54 et s. ; sur l'état du droit avant la réforme, intervenue en 2000, de la loi de Ventôse, voy., outre les références que nous citons par la suite, H. MOUREAU TAYMANS d'EYPERNON, « Vente d'immeuble et concours : quelques réflexions à propos de la protection des fonds destinés aux tiers au moyen des comptes de qualité des notaires », note sous Liège (7e ch.), 13 mai 1997, *Rev. prat. soc.*, 1998, pp. 206 et s.

DBL5151.book Page 433 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

répercussions dans le monde notarial suscitèrent une réaction du législateur (959). Outre l'interdiction d'exercer certaines activités professionnelles et l'obligation de tenir une comptabilité précisément réglementée et vérifiée, le notaire se vit imposer le devoir, sous certaines conditions, de se *dessaisir* des sommes et titres reçus pour le compte de tiers et de les *individualiser* sur des comptes dits rubriqués (960). Ces obligations sont prévues aux articles 34 et 34*bis* de la loi de ventôse, dont la portée a été actualisée par la loi du 4 mai 1999.

Le chapitre II de l'arrêté royal du 10 janvier 2002 contient l'exécution des principes régissant la gestion des sommes, titres et valeurs au porteur reçus par un notaire (961). Aux termes de l'article 2 de cet arrêté royal, « tout notaire doit opérer une distinction entre ses comptes privés et ses comptes professionnels. À cet effet, il lui est interdit d'ouvrir dans le cadre de l'exercice de sa profession de notaire, un compte professionnel dans un établissement de crédit qui n'aurait pas préalablement renoncé au principe de l'unicité des comptes ainsi qu'à la compensation légale et conventionnelle, et ce tant entre les comptes privés et professionnels du notaire qu'entre ses différents comptes professionnels » (962). Cette disposition est elle-même précisée par un règlement de la Chambre nationale des notaires, approuvé par arrêté royal du 9 mars 2003 (963). Par ailleurs, il faut relever l'article 5 de l'arrêté royal du 10 janvier 2002, qui impose le versement à la Caisse des dépôts et consignations des sommes qui ne sont pas réclamées deux ans après la clôture du dossier à l'occasion duquel elles ont été reçues par le notaire. Cette disposition, souvent ignorée ou non respectée par les praticiens selon M.

(959) Voy. 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.

(960) La dénomination de « comptes rubriqués » est officialisée par l'article 2, 9°, du règlement de la Chambre nationale des notaires pour l'organisation de la comptabilité notariale, approuvé et modifié par son assemblée générale respectivement les 9 octobre 2001 et 22 octobre 2002 (arrêté royal du 9 mars 2003 portant approbation des règlements de la Chambre nationale des notaires pour l'organisation de la comptabilité notariale et pour le contrôle de la comptabilité, *M.B.*, 1er avril 2003) ; pour la recension et l'examen des textes applicables jusqu'à l'entrée en vigueur des textes issus de la réforme initiée en 1999, voy. l'étude précitée de R. BOURSEAU, « Les comptes rubriqués du notaire. Le droit actuel et ses lacunes », *Rev. not.*, 2004, pp. 56 à 61.

(961) Arrêté royal du 10 janvier 2002 relatif à la gestion des sommes, titres et valeurs au porteur reçus par un notaire et au contrôle de la comptabilité des notaires (*M.B.* 10 janv. 2002).

(962) Selon l'article 2, 8°, du règlement précité de la Chambre nationale des notaires pour l'organisation de la comptabilité notariale, les comptes professionnels sont définis comme « tous les comptes, en ce compris les comptes rubriqués, ouverts pour l'exercice de la profession dans un établissement de crédit visé par la loi du 22 mars 1993 relative aux statuts et au contrôle des établissements de crédit ».

(963) Ainsi, l'article 4 de ce règlement ajoute que : « Les comptes professionnels ne peuvent d'aucune façon servir de garantie pour les crédits privés du notaire ni de base de calcul pour la rémunération de ces comptes. Le notaire ne peut tirer aucun avantage direct ou indirect des comptes rubriqués dont il a la gestion, sauf le remboursement des frais liés à cette gestion ».

DBL5151.book Page 434 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

Bourseau, impose une immatriculation au nom du (ou des) ayant(s) droit et non au nom du notaire (964).

319. Distinction entre comptes. À lire la façon dont la doctrine interprète les effets de la distinction imposée entre comptes privés et professionnels, celle-ci est insuffisante à emporter une séparation générale des patrimoines, l'un privé, l'autre professionnel. Plus précisément, il convient de distinguer, au sein des comptes professionnels ouverts par le notaire, les comptes rubriqués, le compte-tiers et le compte-étude.

a) *Les comptes rubriqués*

320. Dispositions applicables. L'article 34 de la loi organique du notariat, tel que modifié par la loi du 4 mai 1999, interdit au notaire de conserver une somme reçue pour le compte d'autrui, à l'occasion d'un acte ou d'une opération de son ministère, pendant plus d'un mois à compter du jour de sa réception (965). Dès lors, si la somme n'a pu recevoir sa destination avant l'expiration de ce délai d'un mois, elle doit être versée, au bénéfice de la personne à qui la somme est due, sous une rubrique distincte, sur un compte spécial ouvert dans un établissement public ou privé, conformément aux dispositions arrêtées par le Roi. L'exigence posée par l'article 34 n'est cependant pas de rigueur lorsque le total des sommes reçues, soit pour le compte d'une même personne, soit à l'occasion d'un même acte ou d'une même opération, n'excède pas 2 500 euros. On constate donc que l'exigence de ségrégation n'est pas à ce point fondamentale pour le législateur qu'elle serait absolue ; la loi réserve au Roi le pouvoir d'adapter ce montant de 2 500 euros tous les deux ans, en prenant la situation économique en considération. L'article 34 est appliqué par les articles 3 à 5 de l'arrêté royal précité du 10 janvier 2002 (966).

321. Incertitudes doctrinales : de la théorie classique… Si la gestion du compte spécial incombe exclusivement au notaire (967), la doctrine una-

(964) R. BOURSEAU, « Les comptes rubriqués du notaire. Le droit actuel et ses lacunes », *op. cit.*, pp. 67 et 68, n^{os} 49 à 51.

(965) La même loi, en son article 34*bis*, prévoit une obligation comparable relative aux titres et valeurs au porteur.

(966) Ainsi, le compte rubriqué ne peut être tenu qu'auprès de la Caisse des dépôts et consignations ou d'un établissement de crédit inscrit sur une des listes visées aux articles 13 et 65 de la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit (article 3) ; les modalités de désignation de l'établissement apériteur du compte sont prévues à l'article 4, alinéa 1er.

(967) Article 4, alinéa 2, de l'arrêté du 10 janvier 2002 relatif à la gestion des sommes, titres et valeurs au porteur reçus par un notaire et au contrôle de la comptabilité des notaires ; d'aucuns en déduisent « une situation paradoxale : le législateur se méfie de la gestion du notaire, concernant son propre patrimoine, puisqu'il impose l'ouverture de comptes rubriqués ; et pourtant, il lui confie l'administration, la gestion exclusive de ceux-ci, comprenant le pouvoir de retrait total » (R. BOURSEAU, « Les comptes rubriqués du notaire. Le droit actuel et ses lacunes », *op. cit.*, p. 64, n° 32).

DBL5151.book Page 435 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

nime enseigne que le solde positif du compte rubriqué ne fait pas partie du patrimoine de celui-ci (968). L'explication juridique de cette solution reste cependant controversée. Ainsi, après avoir déploré l'absence tant d'une consécration légale expresse que de développements dans les travaux préparatoires des récentes lois du 4 mai 1999, M. Bourseau, faisant sienne la théorie dite classique, écrit : « Il est certain que [le législateur] a voulu éviter la confusion entre le patrimoine du notaire et les avoirs individualisés des parties lui remettant ceux-ci. Il a entendu soustraire ces biens à l'action des créanciers du notaire en cas de déconfiture, voire de faillite de celui-ci. Le législateur a voulu séparer le patrimoine des clients de l'étude, du patrimoine personnel du notaire, faire sortir du patrimoine du notaire les sommes et titres au porteur déposés en banque pour le compte des clients qui sont devenus créanciers de celle-ci » (969). L'individualisation emporte donc cette conséquence que la monnaie scripturale entre directement dans le patrimoine du bénéficiaire, « par une institution juridique *sui generis* spécifique à la fonction notariale » (970).

Il est donc impossible pour un créancier personnel du notaire d'opérer, entre les mains de l'organisme de crédit, une saisie-arrêt qui entendrait appréhender ces montants rubriqués (971). Par contre, les créan-

(968) G. de LEVAL, *Traité des saisies*, *op. cit.*, p. 629, n° 8-B ; L. LANOYE, « Beslag onder derden op een (bank)rekening », *op. cit.*, p. 286 ; du même auteur, « Kwaliteitsrekeningen praktische toepassing : derdenrekening notarissen », in *Le trust et la fiducie — Implications pratiques*, Bruylant, 1997, pp. 199 et s., sp. p. 200, n° 2 ; J. DEMBLON, « Des incidences des ouvertures de crédit sur le dépôt-client et leur individualisation », *Rev. not.*, 1984, pp. 166 et s., sp. p. 174, n° 29 et les références citées ; J.-L. LEDOUX, « Ouverture de crédit — unicité de comptes — compensation », in *La comptabilité notariale*, Bruylant, 1993, pp. 229 et s., sp. p. 236, n° 4 ; R. BOURSEAU, « Les comptes rubriqués du notaire. Le droit actuel et ses lacunes », *op. cit.*, pp. 76 et 77, n^{os} 81 à 84 ; *R.P.D.B.*, v° Saisie-arrêt bancaire, *op. cit.*, p. 828, n^{os} 67 et 68 ; ces derniers auteurs se réfèrent essentiellement à l'explication du mandat : « c'est le tiers qui est l'ayant compte de la banque, le véritable déposant, créancier de l'obligation de restitution engendrée par la relation de compte. Le notaire est considéré comme le mandataire du créancier des fonds : il gère le compte ouvert à son nom, ou plus exactement la créance représentée par le solde créditeur de celui-ci mais pour le compte d'autrui » (*ibid.*, sp. n° 68 ; en ce sens ég. : M. GRÉGOIRE, « La ségrégation des dépôts auprès des sociétés de bourse », *op. cit.*, p. 637, n° 26) ; on peut cependant s'interroger sur l'adéquation du mécanisme du mandat à l'espèce, puisque le compte est ouvert au nom du notaire (comp. et *contra* : D.R. MARTIN, note sous Cass. fr. (3^{e} civ.), 19 janv. 1994, *D.*, 1994, J., p. 577).

(969) R. BOURSEAU, « Les dépôts notariaux de sommes et de titres au porteur », *op. cit.*, p. 295, n° 42, p. 296, n° 43 et p. 297, n° 44 ; E. DIRIX, « La propriété fiduciaire, outil de gestion », *op. cit.*, pp. 180 et 181, n° 6.

(970) R. BOURSEAU, « Les comptes rubriqués du notaire. Le droit actuel et ses lacunes », *op. cit.*, p. 76, n° 82.

(971) Voy. l'intervention du sénateur de Clippele lors de la discussion en commission des finances et des affaires économiques de la proposition de loi devenue la loi du 14 juin 2004 relative à l'insaisissabilité et à l'incessibilité des montants prévus aux articles 1409, 1409*bis* et 1410 du Code judiciaire lorsque ces montants sont crédités sur un compte à vue : « L'intervenant souligne en outre que la technique des comptes insaisissables est déjà utilisée. Les notaires disposent de comptes en banque de ce genre : les montants figurant sur ces comptes appartiennent aux clients des notaires, mais sont gérés par le notaire. Si un notaire est déclaré insolvable, la banque indemnisera ses clients, mais, au cas où la banque serait déclarée en faillite, le notaire devrait les indemniser lui-même. Un arrêté royal récent traite précisément de ce genre de comptes qui ne peuvent faire l'objet ni d'une saisie, ni d'une compensation par les banques » (Rapport fait au nom de la commission des Finances et des Affaires économiques par M. Siquet, *Doc. parl.*, Sénat, n° 2-786/5, p. 16).

DBL5151.book Page 436 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

ciers de la personne au profit de laquelle le montant a été déposé pourraient pratiquer une telle saisie à charge de cette dernière. Entre quelles mains ? « Entre les mains de la banque, mais non en celles du notaire qui n'est pas débiteur [des avoirs rubriqués] », répond M. Bourseau (972). Mme Lanoye précise que la saisie doit être formée *expressis verbis* entre les mains de la banque à charge du notaire en sa qualité de « représentant-dépositaire-administrateur du propriétaire économique » (973).

Selon cette théorie classique, il ne serait pas concevable que le notaire puisse être tiers saisi (974). À suivre cet enseignement, en effet, l'individualisation sur un compte rubriqué a un effet de paiement par le notaire, ce qui explique la sortie des fonds du patrimoine du notaire (975) ; il y a « transfert de la créance du notaire contre la banque en faveur du client dès l'ouverture du compte rubriqué » (976). Cette conception connaît des objections tant pratiques que théoriques.

322. … à celle du patrimoine d'affectation. D'un point de vue pratique tout d'abord, comment le créancier du destinataire économique des fonds peut-il acquérir la certitude que ceux-ci ont été consignés par le notaire entre les mains de tel établissement de crédit ? Par ailleurs, le nom figurant sous la rubrique du compte individualisé n'est pas nécessairement celui du bénéficiaire (977). Tout cela ne facilite pas la découverte du patrimoine d'un débiteur récalcitrant (978).

D'un point de vue théorique, l'impossibilité d'une saisie-arrêt entre les mains du notaire serait empreinte de la meilleure logique s'il

(972) R. BOURSEAU, « Les comptes rubriqués du notaire. Le droit actuel et ses lacunes », *op. cit.*, p. 84, n° 112.

(973) L. LANOYE, « Kwaliteitsrekeningen praktische toepassing : derdenrekening notarissen », *op. cit.*, pp. 205 et 206, n° 9 ; l'opinion de cet auteur a cependant varié (cf note suivante) ; comp. G. de LEVAL, *Traité des saisies*, *op. cit.*, pp. 629 et 630, n° 8-B, selon qui « [ces fonds] sont […] seulement saisissables par le créancier du client du notaire à charge de celui-ci en sa qualité de gérant pour compte de la personne à qui la somme est due » ; les mêmes termes se retrouvent tels quels chez C. HOUSSA, « Les évolutions récentes en matière de saisies bancaires », in *Procédures civiles d'exécution*, colloque organisé à Bruxelles les 19 et 20 février 2003 par I.F.E., p. 15 ; remarquons que tant Mme Lanoye que M. de Leval envisagent indistinctement les comptes rubriqués et le compte-tiers de l'étude.

(974) R. BOURSEAU, « Les comptes rubriqués du notaire. Le droit actuel et ses lacunes », *ibid.*, qui reprend l'enseignement du *R.P.D.B.*, v° Saisie-arrêt bancaire, p. 828, n° 68 ; *contra*, à juste titre selon nous, L. LANOYE, « Beslag onder derden op een (bank)rekening », *op. cit.*, p. 286, in fine : « Een beslag in handen van die notaris ten laste van A zal meer sœlaas bieden, vermits de notaris, en niet de bank, schuldenaar is van A ».

(975) H. MOUREAU TAYMANS d'EYPERNON, « Vente d'immeuble et concours : quelques réflexions à propos de la protection des fonds destinés aux tiers au moyen des comptes de qualité des notaires », *op. cit.*, p. 213.

(976) P. VAN den EYNDE, « L'individualisation des sommes, titres et valeurs au porteur », *op. cit.*, p. 388, n° 37.

(977) R. BOURSEAU, « Les comptes rubriqués du notaire. Le droit actuel et ses lacunes », *op. cit.*, p. 84, n° 113.

(978) Pour un examen général de cette question, voy. *supra*, n^{os} 191 et s.

DBL5151.book Page 437 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

était certain que le notaire quitte définitivement le processus juridique en cours dès l'individualisation. C'est précisément ce que conteste une opinion dissidente, défendue non sans force de conviction par M. Van den Eynde [(979)], selon qui le titulaire du droit de créance contre la banque est le notaire et non le client [(980)]. L'article 34 de la loi organique du notariat crée, à son estime, un patrimoine d'affectation, géré par le notaire mais hors d'atteinte de ses créanciers personnels. Cet auteur écrit : « L'ouverture d'un compte rubriqué permet l'individualisation des sommes, titres et valeurs qui y sont déposés sans qu'il n'y ait paiement par le notaire et dès lors, la sortie de ces sommes et valeurs de son patrimoine. Cette individualisation permettra en principe au client de revendiquer ce qui est rubriqué. En effet, l'exercice de ce droit était impossible tant que les sommes et valeurs n'étaient pas individualisées » [(981)]. Et M. Van den Eynde de poursuivre : « Lorsque la personne à qui la somme est due sera déterminée, celui-ci disposera d'un droit de créance contre le notaire. Elle pourra également faire valoir son droit contre le banquier du notaire par le recours à l'action oblique. Il s'agit en fait d'une simple application des règles de droit commun » [(982)].

En conclusion, selon M. Van den Eynde, « les sommes, titres et valeurs rubriqués constituent au sein du patrimoine du notaire une masse de biens ayant une affectation spécifique : la protection du client » [(983)]. Depuis ces considérations, une importante thèse a reconnu droit de cité au concept de masse en tant que division d'un patrimoine,

(979) P. VAN den EYNDE, « L'individualisation des sommes, titres et valeurs au porteur », *op. cit.*, p. 388, n° 39 ; pour un exposé parallèle de ces deux théories, voy. H. MOUREAU TAYMANS d'EYPERNON, « Vente d'immeuble et concours : quelques réflexions à propos de la protection des fonds destinés aux tiers au moyen des comptes de qualité des notaires », *op. cit.*, pp. 214 à 216 ; R. BOURSEAU, « Les comptes rubriqués du notaire. Le droit actuel et ses lacunes », *op. cit.*, pp. 77 à 80, n^{os} 85 à 92.

(980) *Contra* : J. DEMBLON, « Des incidences des ouvertures de crédit sur le dépôt-client et leur individualisation », *op. cit.*, p. 171, n° 17 ; M. STEENEBRUGGEN, « La séparation des patrimoines », in *Les garanties financières offertes par le notariat*, Fédération royale des notaires de Belgique, *op. cit.*, pp. 399 et s., sp. p. 400, n° 5 ; selon ces auteurs, le compte rubriqué est la propriété personnelle du client.

(981) P. VAN den EYNDE, « L'individualisation des sommes, titres et valeurs au porteur », *op. cit.*, p. 385, n° 33 ; l'expression de cette opinion n'est pas parfaitement satisfaisante car il y a contradiction à évoquer une revendication par le client alors que les sommes restent dans le patrimoine du notaire ; pour une contradiction semblable, mais immédiatement corrigée par son auteur : « La détermination de l'actif du débiteur soumis à une procédure collective permet aux tiers de revendiquer les biens dont ils sont propriétaires mais qui figurent dans le patrimoine de l'entreprise en difficulté. La revendication suppose qu'une *personne soit titulaire d'un droit de propriété sur le bien tandis qu'une autre en est en possession* » (A. PELISSIER, *Possession et meubles incorporels*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2001, p. 12, n° 18 ; nous soulignons).

(982) P. VAN den EYNDE, « L'individualisation des sommes, titres et valeurs au porteur », *op. cit.*, p. 386, n° 35 ; la référence à l'action oblique est malencontreuse étant donné qu'elle est exclusive de toute cause de préférence sur les fonds.

(983) P. VAN den EYNDE, « L'individualisation des sommes, titres et valeurs au porteur », *op. cit.*, p. 388, n° 39.

DBL5151.book Page 438 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

l'unité de ce dernier étant sauve (984). Il est par ailleurs évidemment admis que la loi peut isoler des masses au sein des patrimoines (985).

323. Notre opinion. Les objections à la théorie classique nous paraissent devoir être prises en considération. À notre estime, une saisie-arrêt à charge du bénéficiaire du montant rubriqué peut également être formée entre les mains du notaire. Le fait pour le notaire de s'être dessaisi des fonds en les versant sur un compte rubriqué ouvert au nom de leur destinataire ne suffit pas pour éteindre sa dette vis-à-vis de celui-ci. Ce bénéficiaire est-il payé (986), en ce qu'il aurait reçu la disposition inconditionnelle d'espèces scripturales ? Certainement pas, puisque ce paiement effectif est tributaire d'un ordre donné en ce sens par le notaire, qui dispose de la gestion exclusive du compte. D'ailleurs, d'un pur point de vue pratique, cette gestion exclusive incombant au notaire emporte cette conséquence que l'organisme de crédit n'a de relation d'affaires qu'avec celui-ci et pourrait éprouver des difficultés à appréhender avec précision sa position de tiers-saisi. C'est ce qui pousse Mme Lanoye à exiger une particulière précision dans le libellé de l'acte de saisie-arrêt signifié à l'établissement bancaire.

Dès lors, le notaire restant bel et bien débiteur du bénéficiaire des fonds, une saisie-arrêt peut se concevoir entre ses mains (987). Après avoir rédigé une déclaration de tiers saisi éclairant le saisissant sur la situation, son pouvoir de gestion du compte rubriqué l'autorisera, le cas échéant, à vider ses mains en invitant la banque à solder le compte rubriqué au profit de l'huissier instrumentant.

En résumé, nous estimons que le versement de fonds sur un compte rubriqué fait naître au profit du bénéficiaire des droits, susceptibles de saisie-arrêt, tant vis-à-vis du notaire que vis-à-vis de la banque. N'ayant pas été désintéressé de ses droits par le notaire, le saisi conserve des prérogatives à son égard. Par ailleurs, le statut particulier du compte révèle qu'il contient des fonds destinés à un être juridique distinct de son

(984) A.-Ch. VAN GYSEL, *Les masses de liquidation en droit privé*, Bruylant, 1994, pp. 96 à 106.

(985) P. CROCQ, *Propriété et garantie*, *op. cit.*, p. 170, n° 212 : « une [...] division du patrimoine en masses autonomes n'est pas aussi exceptionnelle et novatrice qu'on pourrait le penser a priori. Ne connaît-on pas une séparation des patrimoines des époux dans la communauté légale en biens propres et biens communs, l'acceptation sous bénéfice d'inventaire (art. 802 C. civ.) et la séparation des patrimoines en droit successoral [...] ? ».

(986) En ce sens pourtant, R. BOURSEAU, « Les dépôts notariaux de sommes et de titres au porteur », *op. cit.*, p. 296, n° 42 : « [Le notaire], en déposant sous un compte individualisé les avoirs dont il est détenteur, se libère, effectue un payement ».

(987) En ce sens ég. : J.-L. LEDOUX et V. MAYENCE, « Saisies-arrêts entre les mains d'un notaire », *op. cit.*, sp. p. 52, n° 8 et p. 66, note 5 ; comp. K. BROECKX, « Derdenbeslag — De plichten van de notaris als derde-beslagene », *op. cit.*, p. 42, n° 42 à 46 qui, après avoir fait état des différentes opinions en la matière, conseille au notaire de déclarer au saisissant que les sommes se trouvent sur un compte rubriqué et, le cas échéant, que leur destination est encore incertaine.

DBL5151.book Page 439 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

titulaire. Le créancier de cet être juridique distinct peut s'en prévaloir à l'égard de l'établissement de crédit, pourvu naturellement que ce dernier soit dûment informé de la teneur des prétentions émises à son égard (988).

b) *Le compte-tiers du notaire*

324. Controverses doctrinales. Le compte-tiers, creuset collectif de fonds destinés à autrui, et le compte rubriqué ont un objectif commun : opérer une distinction entre la monnaie scripturale qui s'y trouve et les avoirs propres du notaire. Mais la loi ne semble permettre qu'au seul compte rubriqué de réaliser cet objectif de la façon la plus efficace qui soit, en empêchant les créanciers du notaire d'atteindre les sommes qui y sont versées (989). Aucune disposition légale ne régit en effet le compte-tiers que pourrait ouvrir le notaire (990). Une partie de la doctrine en déduit donc que la créance révélée par le compte-tiers reste dans le patrimoine du notaire et peut, partant, faire l'objet d'une saisie-arrêt à charge de celui-ci entre les mains de la banque apéritrice (991). Une position contraire est défendue par MM. de Leval et Lanoye (992). Ce dernier auteur explique la création de ce compte comme un *deus ex machina* qui apporta une solution, à une certaine époque, au conflit opposant les mondes notarial et bancaire quant à l'application des clauses d'unicité et de compensation de comptes (993).

c) *Le compte-étude*

325. Incertitudes. Étant un compte professionnel du notaire, le compte-étude ouvert par ce dernier ne peut l'être qu'auprès d'un établissement de crédit qui a préalablement renoncé au principe de l'unicité des comptes ainsi qu'à la compensation légale et conventionnelle, tant entre les comptes privés et professionnels du notaire, qu'entre ses différents

(988) En d'autres termes, une analogie nous paraît permise avec la situation d'un vendeur d'immeuble, qui jouit de prérogatives tant vis-à-vis de l'acheteur que vis-à-vis du notaire par l'intermédiaire duquel l'acte est passé (voy. *supra*, n^os^ 33 et 183.

(989) On a vu que l'insaisissabilité, à charge du notaire, des fonds se trouvant sur un compte rubriqué se déduit plus d'un enseignement doctrinal unanime que d'une disposition légale expresse.

(990) Pour une illustration de convention de compte-tiers d'une étude notariale, voy. le modèle-type reproduit par L. LANOYE, « Kwaliteitsrekeningen praktische toepassing : derdenrekening notarissen », *op. cit.*, pp. 210 et 211.

(991) *R.P.D.B.*, Compl. VIII, v° Saisie-arrêt bancaire, pp. 825, n° 61 et pp. 828 et 829, n^os^ 67 et 68 ; R. BOURSEAU, « Les comptes rubriqués du notaire. Le droit actuel et ses lacunes », *op. cit.*, p. 85, n° 114.

(992) Voy. *supra*, n° 321, la référence en note à leurs écrits respectifs.

(993) L. LANOYE, « Kwaliteitsrekeningen praktische toepassing : derdenrekening notarissen », *op. cit.*, p. 203, n° 5 ; pour le point de vue du monde notarial, voy. J.-L. LEDOUX, « Ouverture de crédit — unicité de comptes — compensation », *op. cit.*, pp. 229 et s. ; l'auteur examine la justification du statut protégé des fonds se trouvant sur les comptes rubriqués et s'interroge sur la possibilité d'une extension de la solution au compte collectif (*ibid.*, pp. 240 à 247, n^os^ 10 à 19).

DBL5151.book Page 440 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

comptes professionnels (994). Cette renonciation de la banque à se prévaloir de telles garanties revêt une importance d'autant plus grande que, contrairement aux comptes rubriqués, un tel compte fait bel et bien partie du patrimoine du notaire ou de la société à travers laquelle l'office est exercé (995). Il pourrait donc faire l'objet d'une saisie-arrêt de la part de créanciers du notaire.

3° Le droit des sociétés

326. Fonds destinés aux constitution et augmentation de capital. Une autre figure de ségrégation se rencontre en droit commercial. Lors de la constitution ou de l'augmentation de capital de certaines sociétés, le Code des sociétés exige que les fonds nécessaires soient bloqués sur un compte spécial, ouvert respectivement au nom de la société en formation ou à celui de la société (996). Selon la doctrine, « les déposants sont […] créanciers de la banque, à concurrence du montant déposé, sous la condition suspensive du défaut de réalisation, dans le délai légal, de la constitution de la société ou de l'augmentation de capital […] La saisie-arrêt à charge d'un déposant est donc possible, mais elle sera affectée de la même condition que celle qui frappe la créance saisie-arrêtée » (997). Dans un jugement du 24 novembre 1997 du tribunal de commerce de Bruxelles, où une augmentation de capital avait avorté, il a été décidé que la banque apéritrice d'un tel compte ne pouvait se prévaloir sur ce

(994) Art. 2 de l'A.R. précité du 10 janvier 2002 relatif à la gestion des sommes, titres et valeurs au porteur reçus par un notaire et au contrôle de la comptabilité notariale.

(995) L. LANOYE, « Kwaliteitsrekeningen praktische toepassing : derdenrekening notarissen », *op. cit.*, p. 201, n° 2.

(996) Dans le Code des sociétés, voy. les articles 224 et 311 pour la S.P.R.L., 399 et 422 pour la S.C.R.L. et 449 et 600 pour la S.A. ; on se borne à reproduire ici ces deux dernières dispositions ; selon l'article 449 C. soc., « en cas d'apports en numéraire à libérer lors de la passation de l'acte, les fonds sont, préalablement à la constitution de la société, déposés par versement ou virement à un compte spécial ouvert au nom de la société en formation auprès de La Poste (Postchèque) ou d'un établissement de crédit établi en Belgique, autre qu'une caisse d'épargne communale, régi par la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit. Une attestation justifiant ce dépôt est annexée à l'acte. Le compte spécial doit être à la disposition exclusive de la société à constituer. Il ne peut en être disposé que par les personnes habilitées à engager la société et après que le notaire instrumentant eût informé l'organisme de la passation de l'acte. Si la société n'est pas constituée dans les trois mois de l'ouverture du compte spécial, les fonds sont restitués à leur demande à ceux qui les ont déposés » ; selon l'article 600 C. soc., « en cas d'apports en numéraire à libérer lors de la passation de l'acte constatant l'augmentation de capital, les fonds sont préalablement déposés par versement ou virement à un compte spécial ouvert au nom de la société auprès de La Poste (Postchèque) ou d'un établissement de crédit établi en Belgique, autre qu'une caisse d'épargne communale, régi par la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit. Une attestation justifiant ce dépôt est annexée à l'acte. Le compte spécial doit être à la disposition exclusive de la société. Il ne peut en être disposé que par les personnes habilitées à engager la société et après que le notaire instrumentant eût informé l'organisme de la passation de l'acte. Si l'augmentation n'est pas réalisée dans les trois mois de l'ouverture du compte spécial, les fonds seront restitués à leur demande, à ceux qui les ont déposés ».

(997) *R.P.D.B.*, Compl. VIII, v° Saisie-arrêt bancaire, *op. cit.*, p. 824, n° 57.

DBL5151.book Page 441 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

dernier d'une clause de compensation en vue de réduire à due concurrence le débit affiché par le compte courant de la société (998).

Dans le commentaire qu'il fait de cette décision, M. Van Hoogten écrit qu'aussi longtemps que l'augmentation de capital n'est pas effective, les fonds restent dans le patrimoine du déposant. Il explique en conséquence l'impossibilité de la compensation entre les dettes de la société, d'une part, et l'argent du déposant, d'autre part. La saisie-arrêt à charge du déposant est possible, mais perdra toute consistance au moment de la réalisation de l'augmentation de capital (999).

4° La gestion du patrimoine des personnes inaptes

327. Réforme récente. Depuis l'entrée en vigueur de l'article 6 de la loi du 3 mai 2003 modifiant la législation relative à la protection des biens des personnes totalement ou partiellement incapables d'en assumer la gestion en raison de leur état physique ou mental (1000), l'article 488*bis*-F, § 6, du Code civil prescrit que : « Les fonds et les biens de la personne protégée sont entièrement et nettement séparés du patrimoine personnel de l'administrateur. Les avoirs bancaires de la personne protégée sont inscrits à son nom propre ».

À la lecture de cette disposition, on se demande si le législateur décide purement et simplement d'une séparation nette entre les patrimoines ou s'il se borne à inviter l'administrateur provisoire à une gestion nettement cloisonnée. Les travaux parlementaires n'apportent guère d'éclaircissements quant à la conception que se fait notre législateur du patrimoine et des possibilités de consacrer des divisions en son sein. Le

(998) Comm. Bruxelles, 24 nov. 1997, *R.D.C.*, 1999, pp. 45 et s. avec note P. VAN HOOGTEN, « Over de bijzondere rekening » ; selon les attendus décisifs, « attendu qu'il résulte de l'article 29*bis*, alinéa 6, des L.C.S.C. que ledit compte spécial doit être à la disposition exclusive de la société Biplan et ne peut être disposé que par les personnes habilitées à engager la société ; qu'étant un compte spécial le Crédit général ne pouvait disposer de ce compte spécial et opérer la compensation avec le compte courant ; que la faculté de compensation entre les divers comptes prévue par le règlement général des opérations du Crédit général ne peut autoriser celui-ci de disposer d'un compte spécial destiné à une augmentation de capital organisé par l'article 29*bis* des lois coordonnées ; attendu que les demandeurs n'ont pas procédé à l'augmentation du capital prévue et ce dans les trois mois de l'ouverture du compte spécial ; que dès lors les fonds doivent être restitués aux dépositaires » ; le cas d'espèce révèle que l'organisme bancaire, entre les mains desquelles une saisie-arrêt avait été signifiée à charge de la société, avait tenu cachée l'existence de ce compte dans sa déclaration de tiers saisi, mais s'était prévalu, une semaine plus tard, de la clause d'unicité de compte…

(999) P. VAN HOOGTEN, « Over de bijzondere rekening », *op. cit.*, p. 50, n° 3 : « Het is dan ook logisch dat geen schuldvergelijking wordt toegestaan tussen de gelden toebehorend aan de deposanten enerzijds en de schulden van de vennootschap anderzijds. Een beslag onder derden op deze gelden blijft echter wel mogelijk ; dergelijk beslag zal echter vervallen op het ogenblik dat de oprichting c.q. kapitaalverhoging zich realiseert » ; *adde* L. LANOYE, « *Beslag* onder derden op een (bank)rekening », *op. cit.*, p. 288 : « De bank zal bijgevolg in haar verklaring moeten vermelden dat zij het (of de) gedeponeerde bedrag(en) slechts verschuldigd zal zijn indien de vennootschap niet wordt opgericht of haar kapitaal niet wordt verhoogd binnen de wettelijk voorziene termijn ».

(1000) *M.B.*, 31 déc. 2003, 1re éd. ; un *erratum* a été publié au *Moniteur belge* du 13 avril 2004.

DBL5151.book Page 442 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

texte original de la proposition de loi disposait : « Les fonds et les biens de la personne protégée sont entièrement et nettement séparés du patrimoine personnel de l'administrateur provisoire. Le juge de paix peut cependant dispenser de cette obligation le conjoint de la personne protégée qui a été désigné comme administrateur provisoire de celle-ci ou le parent qui a été désigné comme administrateur provisoire de son enfant. Les avoirs bancaires de la personne protégée sont inscrits à son nom propre » (1001). La justification initiale du texte relève du truisme et n'apporte rien au débat (1002). L'obligation d'inscription des avoirs bancaires au nom propre de la personne protégée procède, quant à elle, du souci d'éviter que l'administrateur provisoire s'enrichisse des intérêts bancaires sur les fonds déposés en banque (1003).

328. Examen des travaux préparatoires. La disposition connut une évolution en fin de processus parlementaire. Un amendement supprima purement et simplement la possibilité pour le juge de paix de dispenser de l'obligation de « séparation des patrimoines » (1004) ; par ailleurs, en raison de l'ampleur des débats et d'amendements sans relation avec le sujet qui nous retient, un nouveau texte fut proposé qui ne consacrait plus de directive particulière aux avoirs bancaires.

(1001) Proposition de loi modifiant la législation relative à la protection des biens des personnes totalement ou partiellement incapables d'en assumer la gestion en raison de leur état physique ou mental, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 1999, n° 107-1 ; cette proposition de loi reprenait le contenu d'une précédente initiative à l'intitulé identique (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1997-1998, n° 1465/1).

(1002) La justification était la suivante : « Ces dispositions visent à prévoir un certain nombre de garanties supplémentaires concernant l'exécution des missions de gestion confiées aux administrateurs provisoires. En principe, le patrimoine de la personne protégée doit être séparé du patrimoine personnel de l'administrateur provisoire. Le juge de paix peut autoriser des dérogations à ce principe, si le conjoint ou un parent de la personne protégée est désigné en qualité d'administrateur provisoire. L'objectif ne peut en effet pas être d'obliger, en pareil cas, de procéder à une liquidation ou à un partage de fait […] En vue d'éviter que l'administrateur provisoire puisse transférer sur son compte l'argent de la personne protégée afin de bénéficier des intérêts que ces sommes produisent, il convient de prévoir expressément, dans la loi, que les avoirs bancaires de la personne protégée sont inscrits à son nom propre et non sur un compte rubriqué de l'administrateur provisoire » ; sous la législature précédente, le gouvernement avait entendu réduire les cas dans lesquels le juge de paix pouvait dispenser l'administrateur de « son obligation » ; le gouvernement justifia ainsi cette initiative : « Une exception au principe de la séparation des patrimoines ne paraît pouvoir être acceptée que dans le cas où le conjoint de la personne protégée a été désigné en qualité d'administrateur provisoire » (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1997-1998, n° 1465/3).

(1003) « En vue d'éviter des abus dans le chef de l'administrateur provisoire qui pourrait transférer sur son compte l'argent de la personne protégée afin de bénéficier des intérêts que ces sommes produisent, il convient de prévoir expressément, dans la loi, que les avoirs bancaires de la personne protégée sont inscrits à son nom propre et non sur un compte rubriqué de l'administrateur provisoire » (amendement n° 54 de M. du Bus de Warnaffe, *Doc. parl.*, Ch. repr., n° 1465/5).

(1004) Amendement n° 36 de MM. Bourgeois et Van Hoorebeke (*Doc. parl.*, Ch. repr., n° 50-107/006) ; cet amendement fut ainsi justifié : « L'administration consiste essentiellement à gérer le patrimoine d'autrui. De ce point de vue, il serait inadmissible qu'il y ait, dans quelque hypothèse que ce soit, confusion entre le patrimoine de l'administrateur et celui de la personne protégée ».

DBL5151.book Page 443 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

Le Sénat revint cependant sur cette dernière exigence. La réinsertion de la phrase : « Les avoirs bancaires de la personne protégée sont inscrits à son nom propre » fut ainsi justifiée par M. de Clippele : « La séparation des patrimoines de l'administrateur provisoire et de la personne protégée est nécessaire en vue d'éviter que l'administrateur provisoire puisse transférer sur son compte l'argent de la personne protégée afin de bénéficier des intérêts que ces sommes produisent. Il convient de prévoir expressément dans la loi que les avoirs bancaires de la personne protégée sont inscrits à son nom propre et non sur un compte rubriqué de l'administrateur provisoire. Il n'appartient pas à la banque de se mêler de la gestion des avoirs par l'administrateur provisoire. Par contre, en cas de décès de l'incapable par exemple, les ayants droit de ce dernier qui se présentent à la banque ou le notaire qui interroge la banque recevraient une réponse négative quant à l'existence de comptes au nom de l'incapable puisque ces comptes seraient ouverts au nom de l'administrateur provisoire avec un sous-intitulé au nom de l'incapable. De même, certaines administrations exigent que les versements d'allocations à des handicapés notamment soient uniquement versés sur des comptes ouverts au nom du handicapé. La banque ne peut porter un chèque circulaire représentant ces allocations sur un compte rubriqué même pour satisfaire son client ! Le problème que rencontre donc la banque est de n'avoir pas de texte légal pour s'opposer à un administrateur provisoire, lorsqu'il exige l'ouverture d'un compte à son nom propre ou avec le nom de l'incapable en sous-rubrique. Certaines décisions de juge de paix le prévoient aussi d'ailleurs ! Une politique uniforme pour ces comptes d'incapables passe donc par un texte de loi clair, complet et précis tel que le texte de la proposition de loi initiale susvisée » (1005).

Lors de la discussion en commission du Sénat (1006), l'amendement proposé par M. de Clippele fit l'objet d'un assez long débat. « Mme Nyssens suppose que l'amendement a pour objet de permettre un contrôle face aux agissements de certains administrateurs indélicats. M. de Clippele répond qu'un administrateur peut, sans être indélicat, être mis en faillite. La séparation des patrimoines permet d'éviter que la faillite n'englobe les avoirs de l'incapable. L'intervenant rappelle que l'administrateur provisoire peut travailler de deux manières. Soit il ouvre des comptes au nom de la personne protégée, dont il n'est que mandataire de justice. C'est ce que vise l'amendement. Soit il tient une comptabilité, comme le lui permet la loi actuelle, sans qu'il existe un compte bancaire distinct. Pour éviter des confusions de patrimoine, il est proposé qu'en tout état de cause, il y ait des comptes bancaires distincts pour l'incapable et pour son administrateur provisoire ». M. de Clippele évoqua

(1005) Amendement n° 63 de M. de CLIPPELE (*Doc. parl.*, Sen., sess. 2001-2002, n° 2-1087/5).

(1006) Rapport fait au nom de la commission de la Justice par M. Mahoux, *Doc. parl.*, Sén., sess. 2002-2003, n° 2-1087/7, pp. 34 à 36.

DBL5151.book Page 444 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

ensuite un autre avantage que présente l'ouverture du compte au nom de la personne protégée, soit une certaine transparence de l'historique du compte au décès de ce dernier. Une intervenante objecta ne pas voir « comment, dans la pratique, un compte bancaire ouvert au nom de la personne protégée va fonctionner. Qu'est-ce qui empêchera cette personne de se présenter à la banque pour en retirer de l'argent, à moins que l'on n'accorde à ce type de compte un statut particulier ? M. de Clippele répond qu'un tel statut existe déjà pour les comptes appartenant aux mineurs, et pour ceux des personnes placées sous conseil judiciaire. Les banques doivent organiser une procédure interne, qui fait que ce compte n'est disponible que sous la signature du conseil judiciaire ou de l'administrateur provisoire. Il va de même, par exemple, pour un compte nanti ». Malgré le scepticisme du ministre de la Justice (1007), l'amendement fut adopté par huit voix contre une et une abstention (1008).

329. Qu'en penser ? En résumé, on doit considérer que le législateur a ici fait choix d'un mécanisme très classique de représentation directe ; le compte est ouvert par l'administrateur provisoire au nom et pour le compte de la personne protégée. Les avoirs bancaires font donc incontestablement partie du patrimoine de cette dernière (1009). Aucune confusion n'est possible à cet égard. Pour d'évidentes raisons, le législateur attend cependant des banques et de l'administrateur provisoire que la gestion du compte soit confiée à ce dernier.

5° La liquidation des faillites

330. Modifications légales successives. La liquidation d'une faillite implique évidemment le maniement de fonds, parfois d'une grande importance. Atténuant l'obligation de versement des « deniers provenant des ventes et recouvrements » à la Caisse des dépôts et consignations (1010), le législateur de 1997 permet au curateur de solliciter une dérogation du juge-commissaire. Aux termes de l'article 51 de la loi du 8 août 1997, « le juge commissaire peut […], sur requête, autoriser le curateur à conserver sur un compte bancaire un montant limité, destiné à financer les opérations courantes. Dans son ordonnance, le juge-

(1007) « Le ministre estime que, si l'on met en balance les avantages et les inconvénients qui découleraient de l'ouverture d'un compte au nom de la personne protégée, la plus-value de ce système ne lui paraît pas significative. Les autres garanties déjà prévues lui paraissent suffisante » (*sic*).

(1008) Rapport fait au nom de la commission de la Justice par M. Mahoux, *Doc. parl.*, Sén., sess. 2002-2003, n° 2-1087/7, p. 53.

(1009) Les comptes bancaires ouverts par des mineurs d'âge sous autorité parentale ressortissent également à la figure de la représentation ; sur ce thème, voy. la contribution d'ensemble de P. LETTANY, « Beheer van banktegoeden van minderjarigen », in *Bankcontracten*, La Charte, 2004, pp. 83 et s. ; voy. spéc. les développements de l'auteur répondant négativement à la question si le retrait de fonds ou de titre d'un compte appartenant au mineur est une aliénation soumise à autorisation du juge de paix par l'article 410, § 1er, 1°, du Code civil (pp. 104 à 109, nos 40 à 50).

(1010) Voy. l'ancien article 479 de la loi du 18 avril 1851.

DBL5151.book Page 445 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

commissaire fixe le montant maximum que le curateur est autorisé à conserver sur le compte ».

Lors de l'examen de la loi dite « de réparation » du 4 septembre 2002 (1011), il fut question de supprimer purement et simplement le monopole de la Caisse des dépôts et consignations, sous condition de l'autorisation du juge-commissaire. Mais rien n'était dit quant à la nature et aux effets du « compte rubriqué » que le curateur pouvait ouvrir en cette occurrence. Il était simplement indiqué que le curateur « gère le compte spécial sous la surveillance du juge-commissaire, vis-à-vis duquel l'établissement de crédit ne peut invoquer son devoir de discrétion » (1012).

Un amendement moins radical fut adopté et est à l'origine de l'actuel article 51 de la loi du 8 août 1997 : « Les curateurs recherchent et recouvrent sur leurs quittances, toutes les créances ou sommes dues au failli. Les deniers provenant des ventes et recouvrements faits par les curateurs sont versés à la Caisse des dépôts et consignations dans le mois de leur réception. Afin de financer les opérations courantes, le curateur peut conserver un montant limité sur un compte bancaire individualisé par faillite, sous la surveillance du juge-commissaire, qui fixe le montant maximum. En cas de retard, les curateurs sont redevables des intérêts de retard, équivalents aux intérêts légaux, sur les sommes qu'ils n'ont pas versées, sans préjudice de l'application de l'article 31 » (1013).

Les discussions en commission de la Chambre des représentants donnèrent lieu à des échanges quant au maintien du monopole de la Caisse des dépôts et consignations et quant à son fonctionnement (1014). Si l'on comprend bien ces propos dont la concision n'améliore pas la clarté (1015), on en retient essentiellement le souci d'éviter que les fonds

(1011) Sur la modification de l'article 51 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, voy. A. DE WILDE, « Reparatiewet faillissement », *R.W.*, 2002-2003, pp. 561 et s., sp. p. 565, n° 17.

(1012) Am. n° 20, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2000-2001, n° 50-1132/003.

(1013) Am. n° 60, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2000-2001, n° 50-1132/008, p. 15 ; le sous-amendement n° 84 modifia une question accessoire relative aux intérêts.

(1014) Projet de loi modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, la loi du 17 juillet 1997 relative au concordat judiciaire et le Code des sociétés — Proposition de loi modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, Proposition de loi modifiant l'article 101, alinéa 2, de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, Rapport fait au nom de la commission chargée des problèmes de droit commercial et économique par Mme A. BARZIN, *Doc. parl.*, Ch. repr., n° 50-1132/013, sp. pp. 68 à 81.

(1015) « Le représentant du ministre fait observer que la Caisse des dépôts et consignations fonctionne de manière moins archaïque qu'auparavant. Toutefois, le fait que l'on autorise l'ouverture de comptes rubriqués auprès d'un établissement de crédit soulève des questions. Qui sera le client de cet établissement de crédit ? […] M. Pierre Lano (VLD) estime que […] le seul argument qui puisse plaider en faveur du maintien de la situation actuelle de la Caisse de dépôts et consignations est qu'aucune saisie ne peut être pratiquée sur les fonds de faillites […] M. Van Hoorebeke souligne qu'il est indéniable que la Caisse des dépôts et consignations offre une meilleure protection que les banques privées. C'est ainsi que les deniers déposés auprès d'elle ne peuvent faire l'objet d'une saisie-exécution, à l'inverse de ce qui peut se faire auprès des banques où les deniers des faillites ne sont pas séparés du patrimoine de la banque ».

DBL5151.book Page 446 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

issus de la liquidation de la faillite soient appréhendés par des créanciers du curateur. Saisie sur question préjudicielle, la Cour d'arbitrage a décerné un brevet de constitutionnalité au monopole de principe de la Caisse des dépôts et consignations (1016).

6° Les fonds détenus par les avocats

331. Réglementation déléguée à la déontologie. Conscientes de la nécessité de normes déontologiques régissant la détention de fonds à destination d'autrui par les avocats, les instances professionnelles de ces derniers ont depuis longtemps édicté des obligations en ce sens. Nous n'en retracerons pas l'historique. Actuellement, les avocats francophones de Belgique doivent respecter, en substance (1017), deux règlements arrêtés par l'Ordre des barreaux francophones et germanophone les 8 septembre 2003 et 12 janvier 2004. Les avocats néerlandophones, quant à eux, sont liés par un règlement du 11 décembre 2002 de l'Orde van Vlaamse balies.

Rappelons qu'aux termes de l'article 496 du Code judiciaire, l'Ordre des barreaux francophones et germanophone et l'Orde van Vlaamse balies arrêtent des règlements appropriés en ce qui concerne les compétences visées à l'article 495 du même Code. Cette dernière disposition fait référence, entre autres, à la défense des intérêts de l'avocat et

(1016) Saisie de deux questions préjudicielles posées par le tribunal de commerce de Gand (*M.B.*, 27 avril 2004), la Cour d'arbitrage a prononcé un arrêt en date du 26 janvier 2005 (C.A., n° 23/2005, *M.B.*, 10 mars 2005, *J.L.M.B.*, 2005, p. 862) ; selon la Cour, l'article 51 de la loi du 8 août 1997, dans sa rédaction antérieure à la modification de 2002, ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution ; la comparaison proposée par la question préjudicielle entre le curateur, d'une part, et d'autres gestionnaires de fonds d'autrui non tenus à les verser à l'organisme précité, d'autre part, n'a pas emporté la conviction de la juridiction constitutionnelle ; se référant à la mission du curateur ainsi qu'aux débats parlementaires dont est issu le texte critiqué devant elle, la Cour a estimé que « le curateur de faillite exerce […] une mission légale dont les répercussions sur la situation du failli, sur celle des créanciers, sur l'emploi et sur l'économie générale est souvent d'une ampleur telle qu'elle ne peut être comparée à tous égards à celle qui est confiée aux catégories de personnes citées dans la question préjudicielle […].Il ressort de ce qui précède que l'article 51 de la loi sur les faillites ne peut être considéré en faisant abstraction de la réglementation dont il fait partie et que la différence de traitement entre les curateurs et les autres personnes mentionnées dans la question préjudicielle, sans que ces catégories doivent être comparées de manière précise, se fonde sur un critère objectif et pertinent […] Dès lors que la disposition en cause permet au curateur — fût-ce uniquement, avant la modification de loi du 4 septembre 2002, moyennant habilitation explicite par le juge-commissaire de conserver un montant limité sur un compte en banque individualisé par faillite, utile pour les opérations en cours, sous la surveillance du juge-commissaire qui en fixe le montant maximum, elle ne saurait être réputée avoir des effets disproportionnés ».

(1017) On se bornera à citer un autre règlement du 19 avril 2004 relatif à l'avocat syndic d'une association de copropriétaires ; ce règlement a été publié au *Moniteur belge* du 12 mai 2004 et est entré en vigueur le 1er septembre 2004 ; aux termes de son article 7, « les transactions financières dont est chargé l'avocat syndic pour le compte de l'association des copropriétaires se font par des comptes ouverts au nom de cette association. Ces comptes sont distincts des comptes personnels de l'avocat, ainsi que de tous les comptes de son cabinet, en ce compris les comptes tiers. Les comptes gérés par l'avocat syndic pour l'association des copropriétaires peuvent faire l'objet d'un contrôle par le bâtonnier dont il relève ».

DBL5151.book Page 447 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

du justiciable. L'établissement de dispositions veillant à l'intégrité des fonds confiés aux avocats nous paraît participer de cette compétence (1018). En vertu de l'article 498 du Code judiciaire, les règlements adoptés conformément à l'article 496 s'appliquent à tous les avocats des barreaux faisant partie des Ordres concernés. Il s'agit donc d'un cas où le législateur « délègue à l'autorité déontologique le pouvoir […] d'élaborer [des règles nouvelles] et de les promulguer lui-même » (1019). Un recours, prévu à l'article 611 du Code judiciaire, peut être introduit devant la Cour de cassation pour excès de pouvoir, contrariété à la loi ou adoption irrégulière, dans les conditions visées à l'article 501 du même Code (1020). À nos yeux, le fait qu'aucun recours en annulation ne soit introduit n'écarte pas l'application éventuelle de l'article 159 de la Constitution (1021).

Aucune disposition de valeur légale ne régit donc, en Belgique, le maniement de fonds pour compte de tiers par les avocats. En France, « les fonds, effets ou valeurs […] reçus par les avocats sont déposés à un compte ouvert au nom de la caisse des règlements pécuniaires des avocats dans les écritures d'une banque ou de la Caisse des dépôts et consignations » (article 240 du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991). Dès lors, tant l'avocat que l'organisme bancaire apériteur du compte disparaissent purement et simplement du schéma triangulaire ; un arrêt de la Cour de cassation du 9 janvier 2003 a en effet décidé que seule la Caisse autonome des règlements pécuniaires des avocats dispose de la qualité de tiers saisi, l'avocat ne disposant « de la signature sur son compte individuel qu'en qualité de mandataire du président de la CARPA » (1022).

Il nous incombe de procéder à l'examen des normes déontologiques régissant les comptes-tiers des avocats (a et b). Nous dirons également un mot des obligations de ceux-ci lorsqu'une saisie-arrêt est faite entre leurs mains, en raison des liens étroits qui existent entre ces deux sujets (c).

(1018) En ce sens ég. J.-P. BUYLE, « Les jardins secrets du compte bancaire professionnel de l'avocat », in *Liber amicorum Lucien Simont*, Bruylant, 2002, pp. 953 et s. ; sp. p. 956, n° 5 ; la compétence de l'Ordre des barreaux francophones et germanophone est justifiée par le fait que « les règles des barreaux francophones et germanophone concernant le maniement des fonds de clients ou de tiers laissent apparaître une diversité de nature à affecter les relations entre les membres de ces barreaux et qu'il y a dès lors lieu de les unifier » (troisième considérant du règlement du 8 septembre 2003).

(1019) P. HENRY, « La déontologie contre le droit », in *Cahiers de déontologie — Évolutions récentes et applications pratiques*, vol. 2, Ordre des avocats du barreau de Liège et barreau de Verviers, 14 mai 2004, pp. 7 et s., sp. p. 15.

(1020) Cet article 501 du Code judiciaire, tel qu'il a été remplacé par l'article 20 de la loi du 22 décembre 2003 portant des dispositions diverses (*M.B.* du 31 décembre 2003), a fait l'objet d'un recours en annulation devant la Cour d'arbitrage (*M.B.*, 26 août 2004).

(1021) En ce sens, apparemment, voy. P. HENRY, « La déontologie contre le droit », *op. cit.*, p. 20.

(1022) Cass. fr. (2e 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.

DBL5151.book Page 448 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

a) *Règlements des 11 décembre 2002 et 8 septembre 2003 sur le maniement de fonds de clients ou de tiers*

332. Examen des dispositions déontologiques. Le règlement du 11 décembre 2002 de l'Ordre des barreaux flamands a été publié au *Moniteur belge*, en application de l'article 497 du Code judiciaire, en date du 6 janvier 2003 (1023). Il est entré en vigueur le 6 mars 2003 tandis que le règlement du 8 septembre 2003 de l'Ordre des barreaux francophones et germanophone, ci-après O.B.F.G., est d'application depuis le 1er janvier 2004 (1024). Il ne peut entrer dans nos intentions de commenter complètement ces règlements similaires dans leur contenu. Nous négligerons donc les aspects qui ne concernent pas le statut de ce compte bancaire particulier (1025).

Dans la perspective du règlement du 8 septembre 2003, le compte-tiers est un compte à vue « exclusivement destiné à toute opération relative au maniement de fonds de clients ou de tiers » (article 1er, alinéa 1er, du règlement). Il est obligatoirement ouvert par chaque avocat, sous le contrôle de son bâtonnier, auprès d'une institution financière agréée par l'Ordre des barreaux francophones et germanophone avec laquelle ce dernier a passé une convention reprenant impérativement certaines dispositions.

Ces exigences sont l'impossibilité de solde débiteur, l'indépendance du compte par rapport au crédit consenti à l'avocat (1026), l'interdiction de toute stipulation de compensation, fusion, ou unicité de compte entre le compte-tiers et d'autres comptes, l'absence de rémunération du titulaire (1027), l'information du bâtonnier lors de l'ouverture et la clôture du compte et le pouvoir conféré à ce même bâtonnier de recevoir de la part de l'institution financière communication et copie de toutes les opérations sans exception qui ont eu lieu sur ce compte. Ces caractéristiques sont communes aux deux ordres.

(1023) Ce règlement peut être consulté en ligne sur le site www.advocaat.be.

(1024) Ce règlement, qui peut être consulté en ligne sur le site www.avocat.be a été publié dans la Tribune de l'Ordre des barreaux francophones et germanophone, déc. 2003, n° 13, pp. 7 et 8.

(1025) Ainsi ne ferons-nous qu'évoquer l'obligation de communication du numéro de compte au bâtonnier, la publicité donnée à ce compte, la dérogation éventuelle au principe selon lequel l'avocat n'ouvre qu'un seul compte tiers (article 1er) et les pouvoirs du bâtonnier de prendre des mesures conservatoires relativement à ce compte en cas d'absence de respect par l'avocat des obligations édictées par le règlement (article 6).

(1026) « Aucun crédit, sous quelque forme que ce soit, ne peut être consenti sur un compte tiers, lequel ne pourra jamais servir de sûreté ».

(1027) Le texte réserve la possibilité pour l'O.B.F.G. ou les Ordres de « convenir avec l'institution financière que les intérêts produits par les comptes, sous déduction des éventuels frais, leur soient versés annuellement en vue de les répartir au prorata des mouvements enregistrés sur la même période par chacun des Ordres d'avocats concernés aux fins d'assurer par chacun de ceux-ci un meilleur service aux justiciables ».

DBL5151.book Page 449 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

Le règlement impose l'utilisation exclusive du compte tiers en cas d'opération relative au maniement de fonds de clients ou de tiers. « Les fonds reçus par l'avocat pour compte d'un client ou d'un tiers, que ce soit en espèces, par chèque, versement ou virement, doivent être immédiatement portés au crédit de ce compte tiers. De la même manière, l'avocat ne peut transférer de tels fonds à un confrère que par versement ou virement au compte tiers de celui-ci. » (article 2 du règlement). Tenu de transférer dans les plus brefs délais les fonds de son compte tiers à leur destinataire (article 4 du règlement du 8 septembre 2003), l'avocat ne peut « en aucun cas, transférer tout ou partie des fonds reçus à son compte tiers vers un compte honoraires ou à son profit […] sans en aviser simultanément son client par écrit » (article 3 du règlement du 8 septembre 2003).

Enfin, l'article 5 du règlement du 8 septembre 2003 impose, sans plus de précision, l'ouverture dans les plus brefs délais d'un compte spécial auprès d'une institution financière agréée, lorsque l'avocat est appelé à recevoir des fonds appartenant à un client ou à un tiers à titre de cantonnement, de consignation ou en qualité de séquestre (1028). Nous évoquerons dans une partie ultérieure de notre recherche le statut des fonds cantonnés (1029).

333. Analyse controversée. La doctrine et la jurisprudence restent divisées sur la question de savoir s'il faut imprimer au compte-tiers de l'avocat un régime identique à celui des comptes rubriqués notariaux (1030). L'avocat est l'administrateur exclusif du compte (1031). Dans les relations

(1028) Voy. ég. l'article 4 du règlement du 11 décembre 2002 de l'Orde van vlaamse Balies :

« De advocaat maakt de gelden die hij ontvangt en die bestemd zijn voor cliënten of derden, binnen de kortste tijdspanne aan hun bestemmeling over.

Wanneer evenwel de advocaat om redenen onafhankelijk van zijn wil de gelden niet onmiddellijkaan hun bestemmeling kan of mag overmaken, en ook wanneer de advocaat ertoe gehouden is, bijvoorbeeld bij wijze van kantonnement of in zijn hoedanigheid van minnelijk aangesteld sekwester, aan cliënten of aan derden toebehorende gelden te ontvangen, dan stort hij deze gelden binnen de kortste tijdspanne op een specifiek telkens afzonderlijk daartoe te openenrubriekrekening, waarvan de opgebrachte netto-rente aan de bestemmeling toekomt.

Pas na zijn cliënt er schriftelijk van op de hoogte te hebben gebracht, kan de advocaat deze gelden geheel of gedeeltelijk behouden als voorschot, ereloon of terugbetaling van kosten ».

(1029) Voy. *infra*, n^{os} 405 et s.

(1030) Voient dans le compte-tiers de l'avocat un compte qualitatif dont l'avoir ne peut être saisi par ses créanciers personnels : L. LANOYE, « Beslag onder derden op een (bank)rekening », *op. cit.*, p. 287 ; G. de LEVAL, *Traité des saisies*, p. 630, n° 8 ; V. SAGAERT, « De derdenrekening van een advokaat : een algemene kwaliteitsrekening ? », note sous Bruxelles (9^{e} ch.), 26 mars 2002, *R.G.D.C.*, 2003, pp. 312 et s. ; se prononcent en sens contraire : *R.P.D.B.*, v° Saisie-arrêt bancaire, *op. cit.*, p. 827, n° 64 ; C. HOUSSA, « La saisie-arrêt en matière bancaire », *op. cit.*, pp. 82 et 83 ; dans une étude ultérieure, ce dernier auteur estime la solution controversée (C. HOUSSA, « Les évolutions récentes en matière de saisies bancaires », in *Procédures civiles d'exécution*, Séminaire I.F.E., 19 et 20 février 2003, pp. 13 à 15) ; R. BOURSEAU, « Les comptes rubriqués du notaire. Le droit actuel et ses lacunes », *op. cit.*, p. 85, n° 115.

(1031) V. SAGAERT, « De derdenrekening van een advokaat : een algemene kwaliteitsrekening ? », *op. cit.*, p. 326, n° 27 et p. 327, n° 32.

DBL5151.book Page 450 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

avec son client, l'avocat pourrait refuser de libérer les fonds s'il lui reste dû des honoraires, voire compenser les créances réciproques (1032). On renvoie pour le surplus à nos développements ci-dessous, dans la mesure où le droit commun est nécessairement appelé à la rescousse en l'absence de dispositions légales consacrant expressément l'existence d'un compte de qualité.

b) *Le règlement du 12 janvier 2004 sur la surveillance des comptes de tiers*

334. Objectifs du règlement. Contrairement, à notre connaissance, à son homologue du 8 septembre 2003, ce règlement de l'O.B.F.G. a été publié au *Moniteur belge* (1033). Il est entré en vigueur le 1er juin 2004.

À l'origine de ce règlement, on constate que « le contrôle des comptes de tiers maniés par les avocats dans l'exercice de leur activité professionnelle peut constituer une saine mesure de gestion, mais devrait devenir un instrument de promotion et de publicité fonctionnelle du barreau » et que « l'existence d'un organisme indépendant des barreaux, susceptible d'effectuer des contrôles, peut être utile pour assurer un contrôle indépendant de nature à rencontrer l'objectif de transparence recherché ».

Il s'agit d'instituer au sein de l'O.B.F.G. une cellule de contrôle des comptes de tiers des avocats (article 1er). Elle dispose des mêmes pouvoirs que ceux dévolus au bâtonnier en vertu des accords pris avec les banques (article 2). Les contrôles s'opèrent selon la méthode du sondage. La cellule de contrôle transmet aux bâtonniers des avocats concernés les résultats des contrôles opérés, à charge pour chaque bâtonnier de tirer les conséquences de ceux-ci, mais sans devoir justifier auprès de l'O.B.F.G. des suites qui leur ont été réservées. Chaque année, à l'assemblée générale du mois de février, la cellule de contrôle fait un rapport, de manière anonyme, sur l'exercice de sa mission.

c) *La saisie-arrêt pratiquée entre les mains d'un avocat*

335. Justification de la présente analyse. Bien que la saisie-arrêt entre les mains d'un avocat ne soit naturellement en rien une saisie de monnaie scripturale, objet de notre recherche, nous estimons opportun d'y consacrer quelques lignes. Il va de soi, en effet, que l'avocat se trouve aux premières loges des prétentions des créanciers de son client. Lors d'un aperçu de la jurisprudence relevante, on verra d'ailleurs que cer-

(1032) V. SAGAERT, « De derdenrekening van een advokaat : een algemene kwaliteitsrekening ? », *op. cit.*, p. 327, n° 30.

(1033) *M.B.*, 26 févr. 2004 (err., *M.B.*, 9 mars 2004) ; l'erratum concerne la date d'entrée en vigueur du règlement.

DBL5151.book Page 451 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

tains de ces créanciers auraient été mieux inspirés en formant la saisie entre les mains de l'avocat plutôt qu'entre celles de l'organisme bancaire de celui-ci (1034).

336. Évolution. La saisie-arrêt entre les mains de l'avocat est un sujet qui a fait couler beaucoup d'encre (1035). Le secret professionnel auquel est tenu l'avocat a longtemps été opposé à son efficacité. Une décision du juge des saisies de Bruxelles du 14 février 1991, prononcée à une époque où la norme déontologique applicable était le règlement du 22 avril 1971 de l'Ordre national des avocats, avait radicalement privé d'effet une saisie-arrêt entre les mains d'un avocat (1036).

Depuis le 1er juillet 2004, un règlement du 15 mars 2004 de l'O.B.F.G., relatif à la saisie-arrêt pratiquée entre les mains d'un avocat, a succédé aux précédentes dispositions déontologiques (1037). On est surpris de constater que les principes consacrés par ce règlement ont très peu évolué en trente ans, alors que l'exercice de la profession a certes lui évolué depuis 1971.

L'article 1er de ce règlement dispose que lorsqu'une saisie-arrêt est faite entre ses mains pour appréhender des sommes ou effets qu'il détient dans le cadre de sa profession, l'avocat est « en principe tenu d'invoquer le secret professionnel dans sa déclaration de tiers saisi ». Dès réception de l'acte de poursuite, l'avocat apprécie, après avoir pris, le cas échéant, l'avis de son bâtonnier, si la détention des sommes et effets est ou non couverte par le secret professionnel. Mais, quoi qu'il en soit à cet égard, l'avocat ne peut se dessaisir de sommes ou effets qui font l'objet de la saisie ou contrainte, qu'après la mainlevée de celle-ci. On observe donc une dissociation originale entre les deux obligations qui s'imposent au tiers saisi, soit la déclaration sincère de l'objet de la saisie et l'interdiction de dessaisissement de celui-ci.

(1034) Voy. *infra*, n° 346.

(1035) Voy. ainsi P. LAMBERT, « La saisie-arrêt entre les mains d'un avocat », obs. sous Civ. Liège (sais.), 6 mai 1981, *J.T.*, 1982, pp. 580 et s. ; du même auteur, Secret professionnel, Bruylant, 2005, sp. pp. 221 à 225, nos 293 à 295 ; A.-M. STRANART, « La saisie-arrêt entre les mains d'un avocat », *J.T.*, 1985, pp. 693 et s. ; G. de LEVAL, « Saisie-arrêt des arriérés de pension alimentaire versés au c.c.p. d'un avocat », obs. sous Civ. Verviers (sais.), 16 oct. 1981, *J.L.*, 1981, pp. 386 et s.

(1036) Civ. Bruxelles (sais.), 14 févr. 1991, F.J.F., 1991, p. 501, *Cah. dr. jud.*, 1991, p. 82 avec note P. CORVILAIN, « La saisie-arrêt entre les mains d'un avocat », publiée pp. 79 à 81, *J.L.M.B.*, 1991, p. 423, note G.d.L., *J.T.*, 1991, p. 313 : « L'avocat entre les mains duquel est pratiquée une saisie-arrêt peut valablement invoquer le secret professionnel. La saisie-arrêt entre les mains d'un avocat est irrecevable » ; dans un sens à nos yeux excessivement limitatif des droits du créancier saisissant, voy. A.-M. STRANART, « La saisie-arrêt entre les mains d'un avocat », *J.T.*, 1985, pp. 693 et s. ; *contra*, à juste titre, G. de LEVAL, « Saisie-arrêt des arriérés de pension alimentaire versés au c.c.p. d'un avocat », obs. sous Civ. Liège (sais.), 6 mai 1981 et Civ. Verviers (sais.), 16 oct. 1981, J.L., 1981, pp. 392 et s.

(1037) *M.B.*, 19 avr. 2004 ; ce règlement est également publié dans la Tribune de l'Ordre des barreaux francophones et germanophone de Belgique, juin 2004, n° 15, p. 10.

DBL5151.book Page 452 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

L'article 2 exclut toute invocation par l'avocat de son secret professionnel lorsqu'il agit en qualité de mandataire de justice et, cela va de soi, lorsqu'il a accepté, en dehors de l'exercice de sa profession, de détenir des sommes ou effets d'autrui. Le respect des obligations incombant généralement au tiers saisi s'impose alors purement et simplement.

Enfin, lorsqu'un avocat, qui détient en lieu et place de son client des sommes et effets destinés à un tiers, est avisé qu'un créancier de ce tiers a pratiqué saisie-arrêt entre les mains de son client, il doit inviter ce dernier à les inclure dans la déclaration prévue par l'article 1452 du Code judiciaire et transmettre ces sommes et effets à qui, à défaut d'accord des parties, justice dira (article 3 du règlement précité). Cette obligation traditionnelle, dont on peut redouter qu'elle soit un vœu pieux, consacre, à nouveau de façon originale, une extension de l'objet de la saisie à ce qui est détenu par l'avocat en sa qualité de mandataire du tiers saisi.

Le retranchement derrière le secret professionnel reste une obligation de principe, mais elle est édulcorée. À raison, rejoignant l'opinion précédemment exprimée par Y. Hannequart (1038), P. Henry estime qu'un ordre professionnel ne pourrait aller jusqu'à imposer à un membre de toujours se retrancher derrière son secret professionnel (1039). Même si ses considérations sont émises à propos de la latitude laissée au dépositaire du secret professionnel de s'en départir lorsqu'il est amené à témoigner en justice, nous estimons qu'elles doivent être étendues à la déclaration de tiers saisi. L'article 458 du Code pénal n'a pas prééminence sur le droit du créancier à l'exécution effective de son titre.

Des précédents existent : confronté au conflit de valeurs entre secret professionnel et droit au procès équitable, le tribunal correctionnel de Bruxelles a justement atténué la portée de ce secret (1040). Par ailleurs, l'arrêt du 3 mai 2000 de la Cour d'arbitrage, qui annula l'article 1675/8, alinéa 2, du Code judiciaire, en ce qu'il s'appliquait aux avocats, peut également être évoqué à l'appui de l'opinion selon laquelle

(1038) Y. HANNEQUART, obs. sous. Cass. (2e ch.), 13 mai 1987, *J.L.M.B.*, 1987, pp. 1165 et s., sp. p. 1172 et 1173 : « Ce serait manifestement aller au-delà de ces nécessités que vouloir prescrire déontologiquement le silence dans tous les cas où la loi civile et pénale autorise à ne pas parler… ; l'obligation s'efface donc quand le doute surgit, quand il n'est plus certain que le professionnel attentif aux impératifs déontologiques se serait normalement prononcé pour le silence et quand il n'apparaît plus que la divulgation engendre une réaction sociale défavorable à la profession » ; tout comme P. Henry dans son étude précitée, cet auteur reste néanmoins attaché, nonobstant les propos que nous citons, à une conception très favorable au droit de l'avocat de se taire.

(1039) P. HENRY, « La déontologie contre le droit », *op. cit.*, p. 22 ; l'auteur poursuit néanmoins ses développements en constatant que les normes déontologiques, par l'expression qu'elles sont de principes fondamentaux, pourraient conduire à l'écartement d'une loi (*ibid.*, pp. 22 à 29), ce qui ne va pas sans surprendre.

(1040) Corr. Bruxelles (49e ch.), 29 mars 2001, *J.T.*, 2001, pp. 618 et s., avec obs. approbatrices de P. LAMBERT, « Le secret professionnel de l'avocat et les conflits de valeurs » ; voy. ég. L. HUYBRECHTS, « Gebruik en misbruik van het beroepsgeheim, inzonderheid door revisoren, accountants en advocaten », *R.D.C.*, 1995, pp. 664 et s.

DBL5151.book Page 453 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

le devoir de secret professionnel n'a pas valeur absolue (1041). La Cour constitutionnelle a en effet essentiellement fondé cette annulation sur le caractère excessif d'une renonciation générale et anticipée au bénéfice du secret professionnel. À juste titre, le professeur Verbeke prône une lecture de cet arrêt favorable aux droits des créanciers (1042).

En conclusion, nous estimons qu'une norme déontologique contraire aux droits des créanciers devrait être écartée par le juge. Moins encore aujourd'hui qu'hier, en raison de l'évolution fondamentale de la profession d'avocat, une conception radicale — dirions-nous fondamentaliste (1043) —, du secret professionnel ne peut prospérer (1044). Loin de mettre en jeu l'exercice même de la profession d'avocat, comme on a pu le prétendre à tort à nos yeux (1045), l'atténuation des devoirs déduits du secret professionnel par le Code judiciaire sert des intérêts tout aussi respectables, dans des formes que consacrent des règles également d'ordre public. Comme l'écrit remarquablement Mme Frison-Roche, dans sa recherche d'une méthode de résolution du conflit entre secret professionnel, d'une part, et les valeurs de transparence et d'efficacité, d'autre part, il s'agit de « mettre au centre une considération simple : la fonction des secrets professionnels, et plus précisément le souci de la ou des personnes que le fait de tenir secrète l'information protège [...] La question première, autour de laquelle toute la méthodologie des solutions particulières devrait s'agencer, est : pour quel intérêt le secret professionnel est-il conçu ? En effet, le professionnel n'en est que le serviteur, il est le gardien des secrets parce qu'il est le défenseur de l'intérêt pour lequel le

(1041) On rappelle que l'article 1675/8, du Code judiciaire, consacre un devoir de transparence patrimoniale dans le chef du bénéficiaire d'un règlement collectif de dettes ; l'arrêt du 3 mai 2000 a été publié in *M.B.*, 8 juin 2000, p. 20.144, *J.L.M.B.*, 2000, p. 868, *J.T.*, 2000, p. 603, Annuaire juridique du crédit, 1999, p. 259, note D. NOEL, « Entre droit de la preuve et droit au secret : le secret professionnel ou la boîte de Pandore », Juristenkrant, 2000, n° 12, p. 8, avec note E. BREWAEYS, R.D.J.P., 2001, p. 96, *R.W.*, 2000-2001, p. 506, avec note E. DIRIX, « Beroepsgeheim versus crediteursbelang », *R.G.D.C.*, 2002, p. 452, avec note A. THILLY, « Une victoire pour le secret professionnel ? » ; la loi du 13 décembre 2005 portant des dispositions diverses relatives aux délais, à la requête contradictoire et à la procédure en règlement collectif de dettes (*M.B.*, 21 déc. 2005, 1ère éd.) a modifié le second alinéa de l'article 1675/8, alinéa 2, afin de tenir compte de l'arrêt précité de la Cour d'arbitrage (voy. *supra*, n° 197).

(1042) A. VERBEKE, « L'huissier de justice anno 2001. Nouvelle mission, nouveau statut. Nouvelle déontologie », in *L'huissier de justice en Europe : le choix de l'avenir*, Intersentia, 2001, pp. 119 et s., sp. pp. 130 à 133, nos 25 à 28.

(1043) Ce terme est utilisé par E. JAKHIAN, « Le secret professionnel de l'avocat : un principe nomade », in *Liber amicorum Lucien Simont*, Bruylant, 2002, pp. 1041 et s., sp. p. 1045.

(1044) Voy. J.-P. BUYLE, « Les jardins secrets du compte bancaire professionnel de l'avocat », in *Liber amicorum Lucien Simont*, Bruylant, 2002, pp. 953 et s., sp. pp. 965 à 971, nos 16 et 17, qui ne prend pas nettement position mais évoque à tout le moins un « cruel dilemme » et constate que les exceptions légales à l'article 458 du Code pénal se multiplient ; comp., en matière notariale, J.-F. TAYMANS, « Le secret professionnel du notaire face aux oppositions extrajudiciaires, aux saisies-arrêts et aux cessions de créance », in *Mélanges offerts à R. De Valkeneer*, Bruylant, 2000, pp. 465 et s.

(1045) R. RASIR, « La saisie-arrêt entre les mains d'un avocat. La légalité de la circulaire de l'ordre national des avocats de Belgique », obs. sous Civ. Liège (sais.), 6 mai 1981 et Civ. Verviers (sais.), 16 oct. 1981, *J.L.*, 1981, pp. 392 et s., sp. p. 396.

DBL5151.book Page 454 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

secret a été conçu. En cela, le secret n'engendre pour le professionnel qu'un « droit médiat », c'est-à-dire une prérogative qui n'a de sens, de contours et de fondement qu'au regard d'une finalité qui lui est extérieure […] Si l'on définit le secret professionnel dans l'unique axe de la protection de la personne au bénéfice de laquelle le secret a été constitué et de la protection des tiers éventuellement mis en danger par un mal qui demeure caché, alors on peut affirmer […] que le secret demeure absolu. Simplement, il est déterminé dans son usage par la considération de la finalité pour laquelle il a été instauré. Ce n'est pas le limiter, c'est lui dessiner de justes contours, contours à l'intérieur desquels il demeure absolu » (1046).

B. *Les comptes de gestion de fonds destinés à autrui : tentative de systématisation*

337. À la recherche d'ordre dans la diversité. Nous venons d'examiner différentes hypothèses dans lesquelles des dispositions juridiques d'importance variable dans la hiérarchie des normes régissent, avec plus ou moins de précision et d'efficience, le statut des fonds gérés en faveur d'autrui (1047). Qu'en est-il lorsque le législateur s'est purement et simple-

(1046) M.-A. FRISON-ROCHE, « Critère des intérêts et secret professionnel », *Gaz. Pal.*, 18 et 19 févr. 2005, pp. 78 et s., nos 5, 10, 11 ; Madame Frison-Roche s'exprimait par là sur les relations conflictuelles qu'entretient le secret professionnel de l'avocat avec la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment des capitaux et du financement du terrorisme ; à ce propos, relevons que saisie d'un recours en annulation des dispositions étendant aux avocats les obligations comminées par la loi du 11 janvier 1993, la Cour d'arbitrage, par un arrêt n° 126/2005 du 13 juillet 2005 (*M.B.*, 2 août 2005), a posé une question préjudicielle à la Cour de justice des Communautés européennes ; dans cet arrêt, la Cour d'arbitrage a rappelé que « la règle du secret professionnel doit céder lorsqu'une nécessité l'impose ou lorsqu'une valeur jugée supérieure entre en conflit avec elle. La levée du secret professionnel de l'avocat doit toutefois, pour être jugée compatible avec les principes fondamentaux de l'ordre juridique belge, être justifiée par un motif impérieux, et être strictement proportionnée » ; la Cour d'arbitrage a interrogé la Cour de justice des Communautés européennes si « L'article 1er, 2), de la directive 2001/97/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 décembre 2001 modifiant la directive 91/308/CEE du Conseil relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux viole-t-il le droit à un procès équitable tel qu'il est garanti par l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et par conséquent l'article 6, paragraphe 2, du Traité sur l'Union européenne, en ce que le nouvel article 2*bis*, 5), qu'il a inséré dans la directive 91/308/CEE, impose l'inclusion des membres de professions juridiques indépendantes, sans exclure la profession d'avocat, dans le champ d'application de cette même directive, qui, en substance, a pour objet que soit imposée aux personnes et établissements qu'elle vise une obligation d'informer les autorités responsables de la lutte contre le blanchiment de capitaux de tout fait qui pourrait être l'indice d'un tel blanchiment (article 6 de la directive 91/308/CEE, remplacé par l'article 1er, 5), de la directive 2001/97/CE) ».

(1047) Voy. P. VAN den EYNDE, « L'individualisation des sommes, titres et valeurs au porteur », *op. cit.*, pp. 379 à 388, nos 22 à 39 ; « S'il est unanimement admis que le législateur a voulu protéger les personnes qui remettent au notaire des sommes et des titres au porteur, en cas de déconfiture voire de faillite de celui-ci, et qu'il a entendu à cet effet que les avoirs placés sur un compte rubriqué individuel soient à l'abri des créanciers du notaire, on constate le silence le plus complet des textes sur le mécanisme juridique en vertu duquel il en est ainsi et ce, tant dans la réglementation de 1935 que dans la législation actuelle » (R. BOURSEAU, « Les comptes rubriqués du notaire. Le droit actuel et ses lacunes », *op. cit.*, p. 73, n° 72).

DBL5151.book Page 455 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

ment abstenu d'intervenir ? Le droit commun permet-il de soustraire les sommes de l'emprise des créanciers de leur gestionnaire provisoire ? Ne pourrait-il justifier, en l'absence de dispositions particulières, une dérogation au principe selon lequel les avoirs bancaires d'un débiteur peuvent être saisis à charge de ce dernier ?

Le sujet est des plus délicats. Les meilleurs esprits qui l'abordent font preuve de beaucoup de prudence (1048). Certains auteurs ne prennent pas position et se contentent de mettre en exergue la controverse (1049). Si l'un se risque à écrire que la figure du compte de qualité reçoit une « reconnaissance générale » de la doctrine et la jurisprudence, il est néanmoins contraint de lui chercher un fondement juridique solide en raison des critiques qui lui sont opposées (1050). D'autres auteurs, en effet, la rejettent purement et simplement en l'absence de texte en ce sens (1051). On doit déplorer, à nouveau, l'impéritie du législateur à répondre, autrement que par des interventions ponctuelles et souvent imprécises, à des questions pratiques de première importance.

Dans un premier temps, après avoir écarté certaines explications que nous estimons erronées, nous exprimerons notre faveur à l'égard de l'institution du compte « ès qualité » en la justifiant par la nature particulière de la créance scripturale (1). Nous nous attarderons ensuite sur le régime juridique de ces comptes de gestion de fonds destinés à autrui (2).

(1048) Voy. ainsi R. PERROT et Ph. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, *op. cit.*, pp. 158, n° 143 qui, après avoir cité, jurisprudence à l'appui, les cas où l'affectation parvenait ou non à écarter les sommes du patrimoine saisissable du débiteur, écrivent : « Finalement, toute la difficulté vient de ce qu'il n'est pas toujours facile de découvrir le critère objectif qui permet de faire la distinction entre ces différentes situations. Mais on peut poser en règle générale que les sommes déposées par un débiteur sur son propre compte lui appartiennent et peuvent donc être saisies par ses créanciers, alors que les sommes inscrites à un compte ouvert par le débiteur pour ne recevoir exclusivement que les sommes versées par un tiers n'entrent pas dans son patrimoine, avec cette conséquence qu'elles ne peuvent être saisies que par les créanciers de ce dernier » ; voy. ég. C. ALTER, *Les comptes en banque*, *op. cit.*, n^{os} 21 et s.

(1049) O. POELMANS et D. BLOMMAERT, « Chronique de jurisprudence en droit bancaire », D.A. O.R., 2003, n° 66, pp. 40 et s., sp. pp. 59 et 60, n^{os} 47 et 48.

(1050) V. SAGAERT, « De derdenrekening van een advokaat : een algemene kwaliteitsrekening ? », *op. cit.*, p. 318, n° 4.

(1051) *R.P.D.B.*, v° Saisie-arrêt bancaire, *op. cit.*, p. 825, n^{os} 60 et 61 ; ces auteurs fondent essentiellement leurs critiques sur l'absence de convention entre la banque et les bénéficiaires du solde du compte de qualité ; s'il en existait une par contre, l'opposabilité des conventions aux tiers justifierait une solution inverse ; cette précision est indispensable dans le chef de cette doctrine qui prône l'opposabilité aux tiers de conventions créatrices de cause de préférence, dont le cantonnement amiable (*ibid.*, p. 826, n° 62 et pp. 859, n^{os} 166 à 172) ; comp. L. LANOYE, « Kwaliteitsrekeningen praktische toepassing : derdenrekening notarissen », *op. cit.*, sp. p. 205, n° 8, note n° 14, qui relève la contradiction entre la reconnaissance par ces auteurs d'une part de l'efficacité de l'escrow account et d'autre part de la saisissabilité des fonds se trouvant sur le compte collectif d'un notaire ; l'incohérence se réduit cependant si l'on constate que les auteurs de la monographie publiée au *R.P.D.B.* insistent sur le fait que la convention doit intégrer le consentement des tiers destinataires des fonds, ce qui n'est pas le cas de l'accord liant la banque au notaire ; Mme Houssa rejoint, à quelques nuances près, les objections exprimées dans le *R.P.D.B.* (C. HOUSSA, « La saisie-arrêt en matière bancaire », *op. cit.*, pp. 81 à 82) ; J.-P. BUYLE, « Les jardins secrets du compte bancaire professionnel de l'avocat », in *Liber amicorum Lucien Simont*, Bruylant, 2002, pp. 953 et s., sp. p. 976, n° 24.

DBL5151.book Page 456 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

1° Justification du statut du compte de gestion de fonds destinés à autrui

338. Multiplicité des explications. Pour asseoir la reconnaissance générale des comptes qualitatifs, la doctrine évoque particulièrement le mandat, la revendication des sommes d'argent, la fiducie et le principe d'opposabilité des conventions aux tiers. Examinons-les successivement, après avoir envisagé le cas de la fraude et de la simulation. Reflétant ces incertitudes, la jurisprudence se révèle partagée. En réalité, comme nous le verrons, c'est dans une caractéristique fondamentale de la monnaie scripturale qu'il convient de trouver la justification des comptes qualitatifs.

339. Fraude et simulation. La fraude, exercée notamment par voie de simulation, bouleverse incontestablement le schéma triangulaire de la saisie-arrêt (1052). Dans pareille hypothèse, l'autorisation donnée par le juge des saisies de procéder à une saisie à charge d'un débiteur peut légitimement être utilisée pour exercer une saisie entre les mains d'une banque pour intercepter les fonds déposés sur des comptes ouverts par des personnalités juridiques différentes de celle du débiteur saisi (1053). L'enseignement *a contrario* d'un arrêt du 6 décembre 1996 de la Cour de cassation peut également être cité en ce sens (1054) ; l'arrêt décide en effet que, hormis le cas de simulation, une saisie-arrêt-exécution ne peut être faite, en règle, qu'à charge du débiteur et non d'un tiers. D'un point de vue pratique, un problème pourrait se poser dans le libellé de l'acte de saisie ou, en amont en cas de saisie-arrêt conservatoire, dans la rédaction de la requête sollicitant l'autorisation d'y procéder. En effet, la circonstance de la simulation ou de la fraude révèle un hiatus entre la personnalité du débiteur saisi et celle du titulaire du compte. À suivre un certain courant jurisprudentiel, la saisie ne peut être autorisée qu'à charge du débiteur, mais sur un compte qui, bien qu'établi au nom d'un tiers, se révèle détenir des fonds dont le véritable propriétaire est le débi-

(1052) Sur les relations entre simulation, action paulienne et fraude à la loi, voy. P. VAN OMMESLAGHE, « La simulation en droit des obligations », in *Les obligations contractuelles*, Jeune Barreau de Bruxelles, 2000, pp. 147 et s., sp. pp. 165 à 170, n^{os} 20 à 25 ; selon le savant auteur, « il est unanimement admis dans notre droit que la simulation ne constitue pas en soi une cause de nullite — sauf hypothèses exceptionnelles […] — et qu'elle est licite, à moins qu'elle ne soit ourdie pour éluder l'application d'une loi d'ordre public ou impérative (certains disent : « pour commettre une fraude à la loi ») ou pour frauder les droits des tiers […] La simulation illicite peut être inspirée par […] le désir de soustraire des biens à l'action de ses créanciers […] » (*ibid.*, p. 151, n° 6 et p. 169, n° 23).

(1053) Cass. (1re ch.), 11 mai 1995, *Bull.* et *Pas.*, 1995, I, p. 487, *R.W.*, 1995-1996, p. 745 ; en doctrine, voy. G. de LEVAL, *Traité des saisies*, *op. cit.*, p. 276, n° 140 ; G. LOESCH et F. KREMER, « Le banquier face à la saisie-arrêt civile de droit commun », *op. cit.*, p. 718, n° 22-26.

(1054) Cass. (1re ch.), 6 déc. 1996, *Bull.* et *Pas.*, 1996, I, p. 1244, *R.D.C.*, 1997, p. 300, avec obs. B. DE GROOTE, « Buitenlandse overheidsbedrijven : recthspersoonlijkheid en uitvoeringsimmuniteit », publiée pp. 285 et s., *R.W.*, 1997-1998, p. 46, *T.R.V.*, 1997, p. 489, *R. Cass.*, 1997, p. 331, avec note B. DE GROOTE.

DBL5151.book Page 457 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

teur (1055). Tout formalisme stérile étant à bannir, nous estimons qu'il faut surtout attendre du créancier saisissant et de son huissier qu'ils veillent à ne pas surprendre l'organisme de crédit tiers saisi, en indiquant clairement à ce dernier ce qu'on attend de lui.

Dans une perspective identique de lutte contre les comportements frauduleux, on relève un arrêt de la cour d'appel de Liège qui a rejeté la demande de mainlevée d'une saisie-arrêt-conservatoire formée entre les mains d'une banque à charge de la compagne de l'auteur d'un abus de confiance par la victime de cette infraction ; la juridiction a en effet relevé des indices donnant à penser « que les sommes versées sur les comptes en question pourraient provenir des activités délictuelles concernées » (1056). Enfin, l'usage frauduleux que ferait un notaire de comptes rubriqués ne prémunirait pas les fonds de la poursuite des créanciers du notaire (1057).

340. Les sommes en transit ne font pas partie du patrimoine. MM. Perrot et Théry, après avoir posé pour principe que l'affectation d'une somme d'argent au paiement d'un créancier particulier ne la fait pas échapper aux poursuites d'autres créanciers, écrivent : « Encore faut-il que cette somme figure réellement dans le patrimoine du débiteur […] Il est des cas en effet où la somme « transite » entre les mains d'une personne qui la détient simplement à titre précaire, sans entrer dans son patrimoine et où, pour cette raison, elle échappe à l'emprise de ses créanciers » (1058). Une idée semblable se retrouve sous la plume de M. Sériaux : « Du point de vue juridique, seuls les biens qu'une personne a le droit de considérer comme siens font partie de son patrimoine. Ceci conduit à exclure tous les biens qu'une personne ne fait que posséder précairement ou provisoirement » (1059).

Cette justification est séduisante, mais nous paraît nécessiter un encadrement technique complémentaire. L'argent est en effet par essence destiné à changer de mains, dans un laps de temps plus ou moins long. En d'autres termes, comme nous l'avons déjà souligné (1060), son affectation future ne peut constituer à elle seule une cause d'exclusion du gage des créanciers.

(1055) Civ. Liège (sais.), 3 nov. 2004, inédit, R.G. n° 04/3541/A. ; *adde* Bruxelles (17e ch.), 24 sept. 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1734 (somm.), également disponible dans son intégralité sur le site www.juridat.be, que nous avons évoqué à l'occasion de l'examen de la saisie-arrêt oblique (voy. *supra*, n° 42).

(1056) Liège (5e ch.), 20 juin 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 838.

(1057) R. BOURSEAU, « Les comptes rubriqués du notaire. Le droit actuel et ses lacunes », *op. cit.*, p. 84, n° 110.

(1058) R. PERROT et Ph. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, *op. cit.*, p. 158, n° 143.

(1059) A. SÉRIAUX, « La notion juridique de patrimoine. Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *Rev. trim. dr. civ.*, 1994, pp. 801 et s., sp. 810, n° 4.

(1060) Voy. *supra*, n° 70.

DBL5151.book Page 458 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

341. Mandat à la représentativité plus ou moins édulcorée. Faut-il le souligner, aucun problème ne se pose si l'on recourt au mandat (1061). Mais, en toute logique, ce n'est plus d'un compte qualitatif qu'il s'agit alors. Le compte est ouvert par un mandataire au nom et pour le compte du mandant, destinataire final des fonds. Une partie de la doctrine explique d'ailleurs par ce mécanisme certaines des institutions décrites plus haut (1062). La question se pose cependant de la possibilité d'une pluralité de mandataires.

En pratique malheureusement, le compte bancaire est souvent ouvert au nom du gestionnaire et non en celui du destinataire final des fonds. L'objection n'est pas insurmontable, estime une frange de la doctrine. M. Martin rappelle en effet que « l'exactitude juridique d'une situation n'est pas commandée par l'expression qu'en donnent les parties » (1063). Il faut donc s'attacher à la situation concrète et vérifier si le « titulaire » n'est pas, dans la réalité des faits, le simple gestionnaire-mandataire d'un compte qui appartient au bénéficiaire (1064).

342. La représentation indirecte. Selon certains auteurs, la qualité de propriétaire du compte-tiers de l'avocat devrait être reconnue au destinataire économique des fonds et non à l'avocat, qui ne serait que le détenteur et le gestionnaire du compte (1065). Au contraire du mandat pur et simple envisagé ci-dessus (1066), l'avoir serait détenu par l'avocat

(1061) *R.P.D.B.*, v° Saisie-arrêt bancaire, *op. cit.*, p. 826, n° 62*bis* ; V. SAGAERT, « De derdenrekening van een advokaat : een algemene kwaliteitsrekening ? », note sous Bruxelles (9e ch.), 26 mars 2002, *R.G.D.C.*, 2003, p. 318, n° 5 ; C. ALTER, Les comptes en banque, *op. cit.*, n° 25.

(1062) Ainsi, Mme Grégoire explique la singularité du compte rubriqué par le fait que le notaire agit comme le mandataire de l'ayant droit (voy. *supra*, n° 321, nos développements en note subpaginale) ; la gestion des personnes inaptes recourt nettement au mandat représentatif puisque le compte est ouvert au nom de la personne incapable.

(1063) D.R. MARTIN, note sous Cass. fr. (3e civ.), 19 janv. 1994, D., 1994, J., p. 577.

(1064) M. Martin reproche à l'arrêt qu'il critique d'avoir fait fit des données concrètes de l'espèce ; un syndic de copropriété, mis en liquidation de biens, avait ouvert en son nom un compte courant divisé en sous-comptes particuliers à chacun des syndicats de copropriété qui lui confiaient une mission ; l'un d'entre eux entendait obtenir la restitution des fonds ; après un débouté en appel, la Cour de cassation française rejeta le pourvoi : « Attendu qu'ayant relevé l'absence d'une délibération expresse de l'assemblée générale des copropriétaires décidant d'ouvrir un compte individualisé au nom du syndicat, la cour d'appel a légalement justifié sa décision, en retenant que la société 3000 immobilier avait ouvert, à la banque Crédit du Nord, un compte courant unique, à son nom, bien que, pour des raisons d'ordre fonctionnel, la banque et la société 3000 immobilier l'aient scindé en plusieurs sous-comptes » ; selon M. Martin, « il est vrai que l'assemblée de copropriété est légalement incitée à requérir l'ouverture d'un compte 'bancaire ou postal séparé, au nom du syndicat' […] Ce qui doit avoir pour effet, en évitant la confusion des actifs du syndicat avec d'autres valeurs, de préserver sa propriété des sommes reçues par lui. Or telle est exactement la situation induite par la création d'un sous-compte, où il faut voir une simple variation formelle du compte "séparé" ».

(1065) V. SAGAERT, « De derdenrekening van een advokaat : een algemene kwaliteitsrekening ? », *op. cit.*, pp. 319 à 321, nos 8 à 12.

(1066) V. SAGAERT, « De derdenrekening van een advokaat : een algemene kwaliteitsrekening ? », *op. cit.*, p. 318, n° 5 : « Bij een kwaliteitsrekening treedt de rekeninghouder echter niet in naam van een derde, maar wel in eigen naam op » ; nous préférons d'ailleurs, à l'instar de M. Wéry, abandonner purement et simplement la référence au mandat lorsqu'il n'est pas question de représentation (P. WÉRY, « Le mandat », *op. cit.*, p. 57, n° 1 et p. 111 et 112, n° 54).

DBL5151.book Page 459 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

en son nom propre mais pour le compte du client. La représentation imparfaite, également qualifiée d'indirecte, est invoquée à l'appui de cette position (1067).

Selon M. Sagaert, il serait admis de façon générale qu'en cas de représentation indirecte, la personne représentée peut être considérée comme propriétaire des biens que le représentant a acquis pour son compte (1068). Dans le même sens, commentant un arrêt de cassation refusant l'existence d'un rapport obligationnel entre le commettant et le tiers, M. Dirix semble se résigner à cet état de fait (1069). Mais, souligne-t-il, il n'en reste pas moins admis qu'envisagé du point de vue des droits réels, et non du point de vue du droit des obligations, le contrat de commission permet un transfert de propriété sans transit par le patrimoine du commissionnaire (1070). À l'appui de cette opinion, M. Dirix cite un arrêt de la cour d'appel de Liège (1071), et l'article 103 de la loi sur les faillites.

L'argumentation ne convainc pas une partie de la doctrine. Tout d'abord, il ne peut être question d'admission générale de la théorie prônée par MM. Dirix et Sagaert, selon laquelle la représentation imparfaite parviendrait à créer un « lien direct de droit des biens ». Comme l'écrit M. Van Ommeslaghe, « [la convention de prête-nom] se distingue du mandat en ce que le prête-nom déclare agir en son nom personnel alors que le mandataire fait connaître le nom de son mandant et déclare

(1067) E. DIRIX, « La propriété fiduciaire, outil de gestion », in *Le trust et la fiducie — Implications pratiques*, pp. 186 et 187, nos 11 et 12 ; on retrouve l'argumentation in E. DIRIX et K. BROECKX, *Beslag*, *op. cit.*, p. 417, n° 714 ; voy. aussi E. DIRIX et V. SAGAERT, « De kwaliteitsrekening herbezocht », *T.P.R.*, 2004 (Liber Amicorum T.P.R. en Marcel Storme), p. 269, n° 6 ; relevons que l'explication du compte tiers par la représentation indirecte est très proche de son explication par la figure fiduciaire : « L'acte fiduciaire implique donc que le fiduciaire agisse en son nom personnel *à l'égard des tiers* mais *pour le compte* du fiduciant, ces caractéristiques permettant de rapprocher, dans cette mesure, la fiducie du contrat bien connu en droit belge de commission » (D. DEVOS, « Propos sur la répression de la fraude en droit privé », note sous Bruxelles, 2e ch., 8 juin 1984 et 8 sept. 1984, *R.D.C.*, 1985, pp. 271 et s., sp. p. 284, n° 4).

(1068) V. SAGAERT, « De derdenrekening van een advokaat : een algemene kwaliteitsrekening ? », *op. cit.*, p. 320, n° 9 : « Algemeen wordt aanvaard dat bij middellijke vertegenwoordiging een rechtstreekse zakenrechtelijke toerekening plaatsvindt naar de vertegenwoordigde, zodat deze laatste beschouwd wordt als 'eigenaar' van de zaken die de vertegenwoordiger voor diens rekening onder zich heeft ».

(1069) E. DIRIX, « De rechtsverhouding tussen principal, commissionair en derde », in Liber Amicorum Jacques Herbots, Kluwer, 2002, pp. 97 et s., où l'auteur prend comme point de départ de ses développements l'analyse de l'arrêt de la Cour de cassation du 9 décembre 1999 (Cass., 1re ch., 9 déc. 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 672, *R.D.C.*, 2000, p. 366).

(1070) E. DIRIX, « De rechtsverhouding tussen principal, commissionair en derde », *op. cit.*, p. 106, n° 10 : » Bestaat er dus naar ons recht verbintenisrechtelijk geen rechstreeks verband tussen de principaal en de derde, dan wordt zo'n verband wel aangenomen op zakenrechtelijk vlak. Een eigendomsoverdracht ten gevolge van een door de commissionair gesloten overeenkomst wordt, zoals gezegd, rechstreeks toegerekend aan principaal en derde » ; *adde ibid.*, p. 100, n° 4 : « Bij aan- of verkoopcommissie wordt immers aangenomen dat de eigendomsoverdracht rechtstreeks plaatsvindt tussen principaal en derde, zonder dat de eigendom op enig ogenblik bij de tussen-persoon transiteert » ; voy. ég. E. DIRIX et V. SAGAERT, « De kwaliteitsrekening herbezocht », *op. cit.*, p. 269, n° 6.

(1071) Liège (7e ch.), 18 mars 1999, *J.L.M.B.*, 1999, p. 1772.

DBL5151.book Page 460 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

agir au nom et pour le compte de celui-ci, avec comme conséquence qu'il n'est pas partie à l'opération conclue et que celle-ci sortit immédiatement ses effets dans le chef du mandant. C'est la représentation parfaite. Elle est différente de la commission dans la mesure où le commissionnaire conclut l'opération juridique en son nom — avec comme conséquence qu'il y est partie et en subit les conséquences actives et passives —, mais où il mentionne (ou qu'il résulte à l'évidence des circonstances, comme par exemple de la profession exercée par le commissionnaire) qu'il agit en réalité pour le compte d'un tiers dont il ne dévoile pas le nom. Ici encore, le contrat de commission assure le transfert, actif et passif, au commettant du bénéfice de l'opération conclue par le commissionnaire, en sorte que l'on se trouve en présence d'une représentation imparfaite » (1072).

De même, selon M. Foriers, « les tentatives doctrinales de faire naître certaines relations directes entre commettant et tiers cocontractant du commissionnaire (parce que ce dernier agirait ouvertement « pour compte ») ont été condamnées par la jurisprudence belge […] » (1073). La distinction entre la perspective du droit des obligations et celle du droit des biens paraît non seulement factice, mais surtout remet directement en cause l'essence du contrat de commission (1074). À quoi revient-il, finalement, d'agir en son nom propre ? Plus généralement en effet, cette opinion viole le principe exprimé par l'article 1119 du Code civil, qui ne réserve que l'hypothèse de la représentation pure et simple comme exception au principe selon lequel « on ne peut s'engager, ni stipuler que pour soi-même » (1075).

Qu'en est-il de l'article 103 de la loi du 8 août 1996 sur les faillites ? Aux termes de cette disposition, « peuvent être également revendiquées, aussi longtemps qu'elles existent en nature, en tout ou en partie, les marchandises consignées au failli à titre de dépôt ou pour être vendues pour le compte de l'envoyeur. Peut même être revendiqué le prix

(1072) P. VAN OMMESLAGHE, « La simulation en droit des obligations », in *Les obligations contractuelles*, Jeune Barreau de Bruxelles, 2000, pp. 195 et 196, n° 44.

(1073) P.-A. FORIERS, « Aspects de la représentation en matière contractuelle », in *Les obligations contractuelles*, *op. cit.*, pp. 221 et s., sp. p. 234, n° 11 ; voy. ég. *ibid.*, p. 227, n° 6 : « Notre système ne comporte à cet égard aucun mécanisme comparable à l'article 401, al. 1 du Code suisse des obligations qui prévoit que "lorsque le mandataire acquiert en son propre nom, pour le compte du mandant, des créances contre des tiers, ces créances deviennent la propriété du mandant dès que celui-ci satisfait, de son côté à ses diverses obligations envers le mandataire" ».

(1074) « Dans la commission à l'achat ou à la vente, comme dans les autres mandats sans représentation, le transfert de propriété ne s'opère pas directement entre le tiers vendeur ou acheteur et le commettant. La propriété transite par le patrimoine du commissionnaire » (P.-A. FORIERS, « Aspects de la représentation en matière contractuelle », *op. cit.*, p. 228, n° 7).

(1075) « L'article 1119 du Code civil interdit aux parties de créer des obligations à la charge ou au profit de tiers. Telle est, incontestablement, sa seule signification » (I. MARCHESSAUX, « L'opposabilité du contrat aux tiers — La distinction entre effet obligatoire et opposabilité du contrat », in *Les effets du contrat à l'égard des tiers, comparaisons franco-belges*, *op. cit.*, pp. 67 et s., sp. p. 72, n° 7).

DBL5151.book Page 461 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

ou la partie du prix desdites marchandises, qui n'a été ni payé ni réglé en valeur, ni compensé en compte courant entre le failli et l'acheteur ».

Nous ne déduisons pas de la lecture de cette disposition la portée que M. Dirix lui confère. À nos yeux, à supposer que cette disposition vise réellement un cas de commission, elle n'est ni plus ni moins que la simple sanction du droit de propriété du commettant, qui, confronté à la faillite du commissionnaire, pourra soustraire de la masse les biens qu'il s'était borné à remettre à ce dernier afin qu'il les vende. Le texte ne vise pas l'hypothèse où le commettant serait non pas vendeur de marchandises, mais le destinataire final des biens en possession du commissionnaire en faillite.

343. Le recours à la fiducie. Cette figure, qui justifierait l'opposabilité du compte de qualité (1076), devrait rencontrer moins d'hostilité, soutient-on, lorsqu'elle s'inscrit dans une perspective de gestion et non de sûreté (1077). Leur effet étant, dans les deux cas, une soustraction effective aux poursuites de sommes dont un débiteur a la maîtrise (1078), le *distinguo* est-il vraiment convaincant (1079) ? Par ailleurs, le principe du *numerus clausus* des droits réels est un obstacle traditionnellement opposé à la reconnaissance de ce fondement (1080). La récente reconnaissance par la loi du 15 décembre 2004 du transfert de propriété à titre de

(1076) E. DIRIX et K. BROECKX, *Beslag*, *op. cit.*, p. 416, n° 714.

(1077) E. DIRIX, « Commentaire Art. 7 L.H. », in *Privilèges et hypothèques*, Kluwer, 1998, pp. 9 et 10, n° 10 ; « Autant elle peut être admirable comme mode de gestion, comme mode d'institution familiale, autant je crois qu'elle gaspille le crédit et qu'elle risque d'étrangler les débiteurs quand elle devient un instrument de sûreté » (Ph. MALAURIE, parlant de la fiducie, cité par P. CROCQ, *Propriété et garantie*, *op. cit.*, p. 433, n° 482, note n° 1) ; voy. ég. M.-E. STORME, « La confiance est bonne mais un dual ownership est préférable. Onze éléments à prendre en considération lors de l'introduction d'une figure similaire au trust ou contrat fiduciaire en droit belge », in *Le trust et la fiducie — Implications pratiques*, Bruylant, 1997, pp. 267 et s., sp. pp. 278 et 279, n° 8.

(1078) Ainsi, après avoir souligné que les figures relevant du trust anglo-saxon ou des relations fiduciaires sont souvent retenues dans la littérature juridique et après avoir porté à leur crédit le fait qu'elles n'ont pas pour objectif direct de conférer une sûreté, M. Sagaert constate que le résultat est cependant le même, ce qui heurte de front le principe d'égalité des créanciers (V. SAGAERT, « De derdenrekening van een advokaat : een algemene kwaliteitsrekening ? », *op. cit.*, p. 319, n° 6) ; voy. ég. *R.P.D.B.*, v° Saisie-arrêt bancaire, compl. VIII, p. 825, n° 61 : « Les personnes ayant remis ces fonds [au titulaire du compte] acquièrent en contrepartie une créance contre lui. Admettre que la partie du patrimoine de leur débiteur constituée des sommes qu'ils lui ont remises leur est exclusivement affectée reviendrait à créer un privilège sans texte au profit de cette catégorie de créanciers, en contrariété avec les articles 7 et 8 de la loi hypothécaire ».

(1079) Comp. L. LANOYE, « Kwaliteitsrekeningen praktische toepassing : derdenrekening notarissen », in *Le trust et la fiducie — Implications pratiques*, Bruylant, 1997, pp. 199 et s., sp. p. 207, n° 11 : « De derdenrekening notarissen is gegroeid uit de bekommernis […] om de tegoeden die economisch aan derden toebehoren optimaal te beschermen en dus helemaal niet om 'verdachte' — aan de samenloop en aanspraken van zijn schuldeisers ontsnappende — compartimenten te creëren in het patrimonium van de notaris ».

(1080) V. SAGAERT, « De derdenrekening van een advokaat : een algemene kwaliteitsrekening ? », *op. cit.*, p. 319, n° 6 ; voy. ég. les propos de M. Alter : « Les discussions relatives à la fongibilité de l'argent liquide et aux problèmes d'individualisation qui en découlent concernent essentiellement la question de savoir si l'affectation du compte au bénéfice d'un tiers permet de faire naître des droits réels dans le chef de ce dernier. Dès lors qu'on admet qu'une réponse négative doit être apportée à cette question, il convient, selon nous, d'aborder la problématique sous l'angle des obligations personnelles des différentes parties à l'opération » (C. ALTER, *Les comptes en banque*, *op. cit.*, n° 23).

DBL5151.book Page 462 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

garantie peut être invoquée en sens contraire. Il convient cependant de rappeler qu'elle est doublement limitée dans son champ d'application. Consacrée opposable aux tiers en cas de concours si elle porte sur de la monnaie scripturale ou des instruments financiers, la propriété ne peut être cédée à titre de garantie par une personne physique (1081).

Au demeurant, non sans quelque paradoxe, la fiducie-gestion risque d'être plus périlleuse pour le fiduciant que la fiducie-sûreté. En effet, étant donné que la fiducie suppose un transfert de propriété du fiduciant vers le fiduciaire, le bien devient la proie éventuelle du droit de gage général des créanciers de ce dernier (1082). Le risque est négligeable en matière de fiducie-sûreté, étant donné que, *de facto*, le fiduciaire est un organisme de crédit. Tel n'est pas le cas en matière de fiducie-gestion (1083).

344. La stipulation pour autrui. *A priori*, il serait envisageable de déduire de la dénomination particulière du compte un accord entre la banque et le titulaire du compte aux termes duquel les fonds devraient revenir aux clients de ce dernier. Cette stipulation pour autrui n'explique cependant pas pourquoi il est traditionnellement enseigné — en particulier pour l'avocat, comme nous l'avons vu — que lui seul gère le compte (1084).

345. L'opposabilité au tiers des rapports juridiques. On se prévaut souvent du nécessaire respect des effets externes des conventions (1085), qui justifie également les figures telles que l'escrow-account (1086). Du fait de l'indisponibilité des fonds dans le patrimoine de l'accipiens, les tiers ne pourraient avoir plus de droits que leur débiteur. Dans la réalité, on constate cependant que le titulaire du compte jouit d'une gestion quasi illimitée du compte. On a en effet vu que l'avoir en compte qui constitue

(1081) Voy. *supra*, nos 97 et 114 et *infra*, nos 385 à 387.

(1082) M.-F. DE POVER, Trust — Fiducie — Administratiekantoor — Fondation du Liechtenstein, *op. cit.*, p. 87, n° 67 ; 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. 732, n° 22-47 ; la critique est expressément formulée in *R.P.D.B.*, v° Saisie-arrêt bancaire, *op. cit.*, p. 825, n° 60.

(1083) Si la monnaie scripturale a bien pour débiteur un organisme bancaire, elle se trouve non pas dans le patrimoine de ce dernier mais dans celui du fiduciaire ; voy., sur ce point, O. POELMANS et D. BLOMMAERT, « Chronique de jurisprudence en droit bancaire », *op. cit.*, pp. 43 à 45, nos 7 à 8, commentant l'arrêt du 19 décembre 2002 de la Cour de cassation (voy. *supra*, n° 158).

(1084) V. SAGAERT, « De derdenrekening van een advokaat : een algemene kwaliteitsrekening ? », *op. cit.*, p. 319, n° 7.

(1085) Voy. L. LANOYE, « Kwaliteitsrekeningen praktische toepassing : derdenrekening notarissen », in *Le trust et la fiducie — Implications pratiques*, Bruylant, 1997, pp. 199 et s., sp. p. 205, n° 8, qui justifie de la sorte l'insaisissabilité par les créanciers du notaire des fonds se trouvant sur un compte-tiers collectif, en invitant la banque à opérer ainsi sa déclaration de tiers saisi : « Wel zal hij melden dat ingevolge een, voor het beslag, in tempore non suspecto afgesloten conventie tussen de notaris en de bankier, de fondsen in feite economisch toebehoren aan derden en niet aan de notaris ».

(1086) « Een dergelijke beding heeft externe werking derwijze dat de schuldeisers niet met succes beslag kunnen leggen onder de 'escrowee' alvorens de contractuele voorwaarden zijn vervuld » (E. DIRIX, « Beslag onder derden — Actuelle ontwinkelingen », in *Beslag- en executierecht — Naar een collectief beslagrecht*, Intersentia, 2001, p. 50, n° 12) ; sur la saisie de ce compte particulier, voy. ég. *infra*, n° 412.

DBL5151.book Page 463 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

la monnaie scripturale est un droit inconditionnel de disposer des unités monétaires qui s'y trouvent. Dans toute la rigueur de cet enseignement, la monnaie scripturale se trouve dans le patrimoine du titulaire du compte car le pouvoir de celui-ci sur le compte n'est guère limité (1087). L'explication de l'indisponibilité apparaît dès lors quelque peu factice.

M. Sagaert en appelle également au principe de l'opposabilité des conventions aux tiers ; l'avocat s'engage à ne pas porter le compte en négatif alors que la banque s'interdit de compenser le solde affiché par le compte-tiers avec le solde négatif d'un autre compte ouvert par l'avocat. Pareilles dispositions impriment une séparation réelle du compte-tiers par rapport au patrimoine personnel de l'avocat et cette situation de fait doit être respectée par les tiers.

Selon M. Alter, « l'on admet, semble-t-il, que lorsqu'il existe une convention avec la banque en vertu de laquelle le titulaire n'est créancier de celle-ci que sous diverses conditions ou éventualités (cas de l'*escrow account*), cette convention pourra, en vertu du principe de l'opposabilité des effets externes, être opposée au créancier saisissant » (1088).

346. Appréciation des cours et tribunaux. La jurisprudence reflète les courants contradictoires de la doctrine. Un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles, prononcé le 27 octobre 1998 (1089), laisse à penser que le

(1087) V. SAGAERT, « De derdenrekening van een advokaat : een algemene kwaliteitsreke-ning ? », *op. cit.*, p. 317, n° 3, qui parle dans le chef de l'avocat d'une « onbeperkte beschikkingsbevoegdheid ».

(1088) C. ALTER, « Les comptes en banque », *op. cit.*, n° 24.

(1089) Voy. ainsi Bruxelles (9e ch.), 27 oct. 1998, *R.D.J.P.*, 1999, p. 188 ; dans cette affaire, une bailleresse avait fait procéder, pour obtenir paiement d'une créance vis-à-vis de sa *locataire*, à une saisie-arrêt conservatoire sur deux comptes de l'avocate de cette dernière ; cette mesure conservatoire fut formalisée entre les mains de deux organismes bancaires : il s'agissait respectivement du compte privé et du compte tiers de cette avocate ; sur tierce-opposition de celle-ci, le juge des saisies de Bruxelles a été amené à statuer sur la nullité des deux saisies conservatoires et sur la demande de dommages et intérêts à l'encontre de la saisissante, laquelle assigna son conseil en garantie ; sur appel de la décision rendue par le juge des saisies, la neuvième chambre de la cour d'appel de Bruxelles, dans son arrêt du 27 octobre 1998, décida : « Attendu qu'il importe de rappeler qu'aucune disposition légale n'interdit de pratiquer une saisie-arrêt entre les mains d'un avocat ; qu'en d'autres termes, le seul fait de la qualité d'avocat présentée par le tiers saisi ne peut avoir pour effet d'invalider la saisie-arrêt pratiquée entre les mains de ce dernier ; que de même, n'a pas davantage pour effet d'entraîner la nullité de pareille saisie, le non-respect éventuel du règlement du 10 janvier 1992 du conseil général de l'Ordre national des avocats ; que par contre, la saisie-arrêt pratiquée entre les mains d'un avocat est soumise, au même titre que tout autre saisie, aux dispositions du Code judiciaire ; attendu qu'en l'espèce, indépendamment du fait que Jacques. B. n'a pas respecté le préalable prévu par le Règlement précité, et a en outre fait pratiquer saisie pour un montant supérieur au montant encore dû par Danielle H., la particularité de la saisie querellée réside dans le fait que le créancier saisissant n'a pas fait pratiquer la saisie directement entre les mains d'un avocat mais a saisi entre les mains de deux établissements bancaires dont celui-ci est client ; qu'en ce qui concerne la saisie pratiquée sur le compte… dont L.H. est titulaire auprès du Crédit communal, l'irrégularité de la saisie apparaît d'emblée dès lors qu'il s'agit d'un compte personnel de L.H. et qu'il n'est en rien établi que celle-ci soit débitrice personnelle de Danielle H. ; qu'en ce qui concerne la saisie pratiquée sur le compte…, compte tiers dénommé compte CARPA, ouvert par L.H. en sa qualité d'avocat auprès de la Caisse Privée, pour autant que l'on admette que la fongibilité des fonds n'a pas pour effet que le titulaire du compte en devienne propriétaire, il apparaît que la saisie n'est en tout état de cause pas régulière dès lors que les fonds saisis ne sont pas dus au débiteur du créancier saisissant, mais reviennent, à concurrence de 45.000 F, à celui-ci même […] et, pour le surplus, à des tiers ».

DBL5151.book Page 464 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

créancier eût été plus inspiré de procéder à une saisie-arrêt entre les mains de l'avocat et entre celles de l'organisme bancaire apériteur des comptes de celui-ci (1090). Un arrêt d'une autre chambre de la même juridiction s'est prononcé dans une espèce où l'*accipiens* des fonds n'était pas un avocat, mais un organisme chargé d'une médiation de dettes (1091). D'autres décisions estiment qu'à défaut de texte légal en ce sens, les fonds versés sur le compte tiers de l'avocat se trouvent dans son patrimoine (1092) ; ainsi en est-il d'un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 26 mars 2002 (1093).

Les faits à l'origine de cet arrêt sont les suivants. Un avocat se voit condamné à payer une somme substantielle à un ancien client. Une saisie-arrêt-exécution signifiée entre les mains de la Société Générale de Banque aboutit, après divers atermoiements, au débit d'un compte Carpa, préalablement alimenté, précise l'arrêt, par un transfert provenant d'un compte ouvert antérieurement et conjointement par l'avocat saisi et son confrère assistant l'ancien client, et sur lequel des fonds avaient été versés par le saisi en vue d'obtenir la mainlevée amiable d'une saisie précédente de ses comptes. L'avocat saisi assigna tant la banque que l'huissier instrumentant en leur adressant différents reproches, qui furent rejetés par la cour d'appel de Bruxelles (1094). Par

(1090) Sur la saisie entre les mains de l'avocat, voy. *supra*, n^os^ 331 et s.

(1091) Bruxelles (8^e^ ch.), 13 nov. 2001, *A.J.T.*, 2001-2002, p. 876 ; dans cette affaire, le fisc avait procédé à une saisie-arrêt entre les mains d'une banque à charge de deux contribuables qui avaient sollicité une guidance budgétaire du C.P.A.S. de Knokke-Heist ; dans ce cadre, ce C.P.A.S. avait reçu de la part du ménage un mandat d'encaissement des revenus et de répartition de ceux-ci ; le compte bancaire objet des poursuites, alimenté par les revenus du ménage, avait été ouvert *par et au nom* du C.P.A.S. ; au contraire de la décision du juge des saisies, qui avait reporté l'insaisissabilité des indemnités de chômage sur les montants versés sur le compte bancaire, et accessoirement évoqué l'abus de droit en raison de l'assistance budgétaire dont était chargé le C.P.A.S., la cour a estimé que les sommes versées sur le compte ouvert par le CPAS ne faisaient plus partie du patrimoine du débiteur ; le mandat donné au C.P.A.S. était opposable aux créanciers ; la cour compara la situation de fait avec celle du syndic d'un immeuble qui reçoit des différents copropriétaires leurs contributions aux frais communs ; dans les deux cas, les sommes n'étaient plus à la disposition des *solvens ;* dès lors, l'organisme bancaire n'était pas dépositaire de fonds en faveur des époux endettés mais en faveur du C.P.A.S. ; selon nous, si la saisie avait été faite entre les mains du C.P.A.S., celui-ci aurait dû expliciter dans sa déclaration de tiers saisi la teneur des relations existant entre les redevables et lui ; à nos yeux, en l'absence de disposition légale contraire, le fisc aurait pu atteindre les montants dont la destination était confiée au C.P.A.S.

(1092) Civ. Bruxelles (sais.), 20 janv. 2000, *R.D.C.*, 2001, p. 856 avec note J.-P. BUYLE et M. DELIERNEUX ; ce jugement décide qu'en cas de saisie-arrêt sur les comptes bancaires d'un avocat, l'établissement de crédit, tiers saisi, doit conserver par-devers lui les sommes et effets qu'il détient au nom du débiteur saisi, en ce compris ceux inscrits au compte tiers du débiteur saisi, destiné à recevoir des sommes appartenant à des tiers.

(1093) Bruxelles (9^e^ ch.), 26 mars 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1732 (somm.), *R.G.D.C.*, 2003, p. 312 avec note V. SAGAERT, « De derdenrekening van een advokaat : een algemene kwaliteitsrekening ? », *P.&B./R.D.J.P.*, 2003, pp. 281 et s., avec note L. DE CAEVEL.

(1094) L'avocat saisi reprochait principalement à la banque et à l'huissier instrumentant de n'avoir pas tenu compte « de la consignation amiable de la somme de 941 000 F sur un compte-joint, ouvert [au nom du saisi] et celui de M^e^ N.W., ancien conseil (du créancier saisissant), lequel avait marqué son accord pour une mainlevée permettant le déblocage des comptes ouverts au nom [du saisi], à l'exception […] de ce compte-joint » ; la cour d'appel rejeta cette argumentation ; l'huissier de justice n'avait pas été mis au courant de cette consignation amiable ; quant à la banque, elle avait pu « légitimement […] croire que cette consignation de fonds n'avait plus de raison d'être après avoir reçu l'autorisation de l'ancien conseil (du saisissant) de vider ses mains auprès de l'huissier ».

DBL5151.book Page 465 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

ailleurs, sans qu'un débat à ce propos ait été expressément suscité par le saisi, du moins dans l'argumentation qu'il soutenait devant elle, la cour d'appel de Bruxelles posa pour principe que « dans l'état actuel de la législation, la créance résultant du solde créditeur d'un compte carpa ouvert par un avocat peut être appréhendée par une saisie-arrêt pratiquée par le créancier de cet avocat entre les mains du banquier » (1095). Surabondamment, aux yeux de la cour d'appel, étant donné qu'il était établi que le compte carpa de l'avocat saisi ne contenait que partiellement des fonds « appartenant à des tiers », le compte ne pouvait être prémuni contre les poursuites de ses créanciers.

Tout en ne condamnant pas par principe la théorie des comptes de qualité, un jugement du juge des saisies de Bruxelles a refusé de l'appliquer, dans une espèce où le bénéficiaire économique du compte s'identifiait réellement au titulaire du compte (1096).

D'autres décisions se prononcent au contraire expressément en faveur de la reconnaissance des comptes de qualité. Ainsi en est-il d'une décision du juge des saisies de Liège du 10 septembre 2001 : « Les fonds de tiers détenus par les avocats sur leur compte « carpa » ne peuvent être saisis qu'à charge de leur propriétaire réel et entre les mains de l'avocat qui en est détenteur. C'est donc à bon droit que, face à une saisie-arrêt pratiquée entre ses mains à charge d'un avocat, une banque verse les fonds qui avaient été déposés sur pareil compte-tiers à l'avocat chargé par le conseil de l'Ordre de la liquidation du cabinet du débiteur » (1097).

Une décision du 16 mai 1991 du juge des saisies de Mons est moins claire (1098) ; il est vrai que la question du statut du solde bancaire saisi n'apparaissait qu'en filigrane. La juridiction montoise était saisie d'une demande en condamnation de la banque à vider ses mains, fondée sur l'article 1543 du Code judiciaire. En l'espèce, l'organisme de crédit, après avoir opéré une déclaration de tiers saisi positive suite à une saisie-arrêt opérée à charge d'une personne physique (1099), refusait de verser les fonds en raison du fait qu'ils étaient « revendiqués » par le curateur

(1095) L'arrêt cite à l'appui de cette opinion *R.P.D.B.*, Compl. VIII, v° Saisie-arrêt bancaire, p. 827, n^{os} 64 à 66, selon qui, on l'a vu, les règles déontologiques, la teneur de la convention d'ouverture de compte entre banque et avocat et le recours à la théorie du mandat ne parviennent pas à éviter la présence des fonds dans le patrimoine de l'avocat.

(1096) Civ. Bruxelles (sais.), 18 déc. 2001, *J.T.*, 2002, p. 389 (sur cette décision, voy. ég. *infra*, n° 347, où le détail des faits et la raisonnement du juge sont reproduits en note subpaginale) ; *adde* Civ. Bruxelles (sais.), 6 juill. 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 182, qui déclare irrecevable l'action en rétractation d'une ordonnance d'autorisation de saisir un compte bancaire, introduite par un tiers dont aucun élément n'établissait qu'il eut été cotitulaire du compte bancaire ou que son patrimoine eut été concerné par la saisie.

(1097) Civ. Liège (sais.), 10 sept. 2001, *J.L.M.B.*, 2001, p. 1498 (somm.).

(1098) Civ. Mons (sais.), 16 mai 1991, *J.L.M.B.* 1991, p. 976.

(1099) Il s'agissait, selon la décision, d'un « compte spécial bloqué » ; citant l'arrêt de la cour d'appel de Mons, le juge des saisies relève en outre que « les déclarations de tiers saisi faites par la banque dans le cadre des saisies pratiquées à charge de René B. reposaient sur une interprétation erronée de la volonté du donneur d'ordre ».

DBL5151.book Page 466 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

d'une société commerciale en faillite. Par une décision définitive au fond, il avait été décidé que les fonds appartenaient bien à cette société en faillite et l'organisme de crédit avait été condamné à les restituer au curateur. Le juge des saisies refusa la condamnation du tiers saisi en retenant « que pour que le tiers saisi soit tenu de se dessaisir conformément à l'article 1543 du Code judiciaire, il faut que sa dette à l'égard du débiteur soit liquide et exigible ; qu'il n'est tenu d'exécuter son obligation que dans les limites de la dette qu'il a en principal et intérêts vis-à-vis du débiteur saisi […] qu'en l'espèce, il a été définitivement jugé […] que la dette de la banque à l'égard du sieur B. était inexistante ».

347. Ressources du dépôt. Pour justifier l'opposabilité aux créanciers des spécificités d'un compte de gestion des fonds d'autrui, une comparaison entre la monnaie scripturale et les éléments corporels du patrimoine vient naturellement à l'esprit. Tel créancier saisit un bien dont il s'avère qu'il n'appartient pas à son débiteur mais à un tiers. L'article 1514 du Code judiciaire permet à ce véritable propriétaire de distraire son bien des poursuites du créancier impayé (1100). *Mutatis mutandis*, si tel professionnel reçoit des fonds afin de les reverser à un tiers auquel ils sont destinés, un de ses créanciers personnels ne pourrait les intercepter au détriment de ce tiers. Le véritable propriétaire pourrait ainsi agir en revendication (1101). Et la figure du dépôt d'être mise à contribution (1102).

(1100) La doctrine et la jurisprudence évoquent volontiers la revendication de la propriété de l'argent (voy. *supra*, n° 167) ; ainsi en est-il de la manière dont on envisage traditionnellement la saisie des comptes ouverts par plusieurs titulaires ; si, en principe, seule la part du solde créditeur revenant au débiteur saisi peut être prélevée, on décide pragmatiquement qu'il revient au(x) titulaire(s) du compte non-débiteur(s) de faire valoir leur droits en apportant « la preuve que les fonds saisis sont sa (leur) propriété, tout comme en matière d'action en revendication (art. 1514 C.J.) » (C. HOUSSA, Les évolutions récentes en matière de saisies bancaires », in *Procédures civiles d'exécution*, colloque organisé à Bruxelles les 19 et 20 février 2003 par I.F.E., p. 13 ; plus loin, ce même auteur écrit cependant, à propos des comptes de qualité, que la « doctrine et la jurisprudence raisonnent souvent en termes de « propriété des fonds déposés ». Or, le compte ne donne à son titulaire qu'une créance dont l'objet est la monnaie figurant sur ce compte »).

(1101) Cette argumentation était expressément soutenue dans une affaire qui a donné lieu à une décision du juge des saisies de Bruxelles (Civ. Bruxelles, sais., 18 déc. 2001, *J.T.*, 2002, p. 389) ; dans cette affaire, l'Union européenne voulait « faire reconnaître son droit de propriété exclusif sur les fonds se trouvant sur (des) comptes ouverts auprès de la BBL et qui (avaient) été saisis à titre conservatoire » par un créancier à charge de la Banque de la République du Burundi ; les fonds se trouvant sur ces comptes y avaient été versés par l'Union européenne dans le cadre d'une aide s'inscrivant dans la Convention de Lomé IV ; le juge des saisies de Bruxelles déclara non fondée « l'action en distraction », en refusant d'appliquer la théorie des comptes de qualité : « la figure juridique du 'kwaliteitsrekening' ou compte rubriqué vise à garantir au bénéficiaire économique des fonds une protection plus efficace contre les recours des créanciers du titulaire du compte […] ; en l'occurrence […], il ne saurait être contesté que le bénéficiaire économique s'identifie au titulaire du compte, dans la mesure où les fonds Stabex sont exclusivement destinés à la Banque de la République du Burundi, sans possibilité de retour à la Commission européenne ».

(1102) Le raisonnement ne date pas d'hier ; ainsi De Page et Dekkers distinguaient les « dépôts » en banque des « dépôts de somme » chez les notaires ; en réalité prêt à la consommation dans la première occurrence, l'opération s'analysait dans la seconde en un véritable dépôt (H. DE PAGE et H. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil,* t. V, 2e éd., 1975, pp. 253 et s., sp. pp. 259 à 264, nos 266 à 271) ; les auteurs justifiaient de la sorte la prérogative dont jouissaient les clients du notaire de récupérer leurs avoirs nonobstant la déconfiture de ce dernier.

DBL5151.book Page 467 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

Pourtant, ce parallélisme choque habituellement l'esprit du juriste. Classiquement, on enseigne en effet qu'en vertu de la fongibilité des espèces (1103), la remise d'une somme d'argent emporte naissance d'un droit exclusif de l'*accipiens* sur ces espèces et, à tout le moins si l'opération intervient à titre onéreux, d'une dette de somme corrélative dans son chef (1104). Or, le droit de créance, à la différence du droit réel, ne porte pas directement sur une chose, mais est un droit « sur la personne », dont le patrimoine dans sa généralité répond (1105). De là l'impossibilité de rattacher le droit de créance à un bien en particulier, fût-ce des espèces. Une analyse plus moderne confirme la solution : à suivre une thèse récente, la fonction acquisitive de la possession pourrait s'exercer sur les avoirs incorporels (1106). L'emprise sur les fonds emporte titularité de ceux-ci à celui qui en jouit.

En d'autres termes, exprimant une forme de répulsion générale au droit des biens et des obligations, la monnaie corrompt le mécanisme du dépôt qui en devient irrégulier : « Devenu débiteur d'une chose de genre,

(1103) R. PERROT et Ph. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, *op. cit.*, pp. 157, n° 143 ; « Tout dépôt de somme d'argent entraîne nécessairement, par la nature fongible de la chose déposée, substitution au droit de propriété du déposant d'un droit de créance envers le dépositaire » (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. 178 et 179).

(1104) J.-P. BUYLE et M. DELIERNEUX, « Jurisprudence commentée en droit bancaire et boursier », *R.D.C.*, 1999, pp. 677 et s., sp. p. 687 ; E. DIRIX, « La propriété fiduciaire, outil de gestion », in *Le trust et la fiducie — Implications pratiques*, Bruylant, 1997, pp. 177 et 178, n° 3 ; Ch.-Gh. WINANDY, « La mise en gage de comptes bancaires, de comptes titres et de titres dématérialisés », *op. cit.*, p. 167, n° 58.1 ; Liège (7e ch.), 22 mai 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1689 ; cette décision est citée à titre de « démonstration limpide » par C. HOUSSA, « La saisie-arrêt en matière bancaire », *op. cit.*, pp. 81 et 82 ; voy. ég. Fr. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, *op. cit.*, p. 156, n° 296, qui, à propos de l'engagement d'une somme d'argent, écrit : « S'agit-il même d'un véritable gage ? La question est controversée. Il paraît plus correct en effet de considérer que le créancier nanti est en réalité propriétaire de la somme reçue et peut en disposer. Il contracte, par la réception des fonds, une obligation de remboursement à l'égard du débiteur, qui se compensera à l'échéance avec la créance garantie. On a parlé, dans pareille hypothèse, de gage irrégulier, par analogie avec le dépôt irrégulier » ; sur cette question, voy. *supra*, nos 108 à 110.

(1105) J. GHESTIN, « Les effets du contrat à l'égard des tiers — Introduction », *op. cit.*, p. 23, n° 15.

(1106) Selon Mme Pelissier, le solde d'un compte bancaire est un meuble incorporel essentiellement susceptible de possession : « La relation du titulaire et du teneur de compte [...] peut s'analyser en terme de fait. La personne au nom de laquelle la monnaie scripturale est inscrite en compte exerce un pouvoir de fait sur cette monnaie, et nous estimons qu'il n'est pas inconsidéré d'avancer que ce pouvoir de fait pourrait l'autoriser à invoquer l'article 2279 du Code civil, tant dans sa fonction probatoire que dans sa fonction acquisitive, et à constituer un gage sur la monnaie scripturale. Les valeurs scripturales, dans la mesure où les droits dont elles sont l'objet ne sont encadrés par aucun régime de publicité, se prêtent parfaitement à l'exercice du pouvoir de fait de la possession. À leur égard, ce pouvoir de fait devient une notion principale qui produira l'essentiel de ses effets » (A. PELISSIER, *Possession et meubles incorporels*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2001, p. 152, n° 313) ; comp. et *contra* Anvers (3e ch.), 13 nov. 2001, *R.W.*, 2003-2004, p. 741 avec note critique E. DIRIX, « Beslag tot terugvordering op een elektronisch bestand », qui refuse la sanction de la saisie revendication au titulaire d'un droit immatériel, en l'espèce les données conservées sur une disquette.

DBL5151.book Page 468 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

[le dépositaire] est en droit de restituer des choses semblables. Le dépôt de sommes est l'exemple type […] du dépôt irrégulier » (1107).

348. Traçabilité et individualisation... Le transfert de propriété ne serait cependant pas inéluctable, enseigne-t-on. La possibilité d'individualisation des fonds empêcherait celui-ci et permettrait la récupération préférentielle des fonds (1108). « La question du transfert de propriété ou de simple détention est cruciale en la matière puisqu'elle entraîne de multiples conséquences différentes parmi lesquelles la possibilité d'intenter l'action en revendication. Celle-ci ne peut toutefois se concevoir que si les fonds sont individualisés. Cela semblerait être une des raisons pour lesquelles l'article 34 de la loi organique sur le notariat […] impose au notaire de placer les fonds […] pour le compte du client, sous une rubrique distincte dans un établissement public ou privé » (1109).

La monnaie scripturale, par sa traçabilité particulière, se prête particulièrement à l'individualisation (1110). L'objection déduite de la fongibilité y perd en force de conviction (1111). Parmi les autres arguments qu'il avance en faveur de la reconnaissance généralisée des comptes de qualité et que nous avons critiqués plus haut, M. Sagaert écrit qu'en raison de la traçabilité intrinsèque de la monnaie scripturale, la somme destinée à autrui reste identifiable, ce qui empêche un transfert

(1107) M.-F. DE POVER, « Le dépôt », *Rép. not.*, t. IX, l. I, Larcier, 1993, p. 60, n° 89 ; selon cet auteur, le dépôt irrégulier porte sur des choses consomptibles ; à nos yeux, il s'agit plutôt de choses fongibles (en ce sens, H. JONES, « Dépôt irrégulier et abus de confiance », *Rev. not.*, 1974, pp. 614 et s., sp. p. 614, n° 2) ; on notera au passage que le Code civil ne fait pas état de cette dénomination de dépôt irrégulier.

(1108) Ainsi, dans sa recherche consacrée au dépôt irrégulier, à propos de la question si ce dernier emporte toujours transfert de propriété, Mme Jones écrit : « Il n'y a évidemment aucun problème et l'on a affaire à un dépôt ordinaire entraînant, sans le moindre doute, un simple transfert de détention […] lorsqu'il s'agit de sommes d'argent qui, d'une façon ou d'une autre, ont été individualisées. De nombreuses confusions subsistent à ce propos parce que l'individualisation est parfois simplement implicite, et qu'elle peut même résulter de circonstances extérieures à toute volonté […] il est indéniable que l'action en revendication, qui sanctionne le droit de propriété, ne peut se concevoir qu'à propos de choses individualisées » (H. JONES, « Dépôt irrégulier et abus de confiance », *op. cit.*, pp. 614 et 615, n° 2, note n° 4) ; comp. et *contra*, mais à tort selon nous, B. CARTUYVELS, « Comptabilisation des acomptes », in *Les garanties financières offertes par le notariat*, Fédération royale des notaires de Belgique, 1989, pp. 189 et s., sp. p. 199, n° 19, qui semble admettre généralement et donc de façon trop permissive que le dépôt irrégulier laisse la propriété au solvens.

(1109) M.-F. DE POVER, « Le dépôt », *op. cit.*, pp. 60 et 61, n° 90 ; cette législation a incontestablement pour objectif « l'isolation des sommes, titres et valeurs au porteur détenus par les notaires pour compte de leurs clients » (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. 367, n° 1).

(1110) Voy. *supra*, n° 175 ; *adde* E. DIRIX et K. BROECKX, *Beslag*, *op. cit.*, p. 417, n° 714.

(1111) Au demeurant, il est admis que la volonté des parties peut, « dans un rapport de droit particulier, rendre fongibles des choses qui ne le sont pas dans l'usage ou, inversement, enlever le caractère de fongibilité à des choses qui, normalement, se comptent, se pèsent ou se mesurent » (J. HANSENNE, *Les biens*, Collection scientifique de la Faculté de droit de Liège, 1996, pp. 19 et 20, n° 13 et 14) ; pour un constat identique, voy. G. SCHRANS et R. STEENNOT, *Algemene deel van het financieel recht*, *op. cit.*, p. 268, n° 286.

DBL5151.book Page 469 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

de propriété (1112). Il limite cependant l'explication aux cas où le bénéficiaire des fonds est également celui qui est à l'origine du transfert scriptural. Non sans prudence, Mme Biquet-Mathieu pose la question de savoir si la technique du compte « ès qualité » ne pourrait avoir la vertu de sauvegarder l'individualisation de sommes qui pourraient partant être récupérées par celui qui les a versées (1113). Extériorisée par une indication particulière du compte, intitulée en néerlandais « tenaamstelling », la ségrégation ne pourrait pas surprendre les créanciers du titulaire apparent qui, par cette publicité, sauraient à quoi s'en tenir (1114).

349. … nuancent l'abstraction monétaire. Ces considérations nous paraissent ainsi atténuer l'abstraction du solde bancaire par rapport aux opérations qui en sont à l'origine. La monnaie est une « valeur fluide, clef de tous les biens mais elle-même sans appartenance et sans marque » (1115). Pour le juriste également, l'argent n'a pas d'odeur (1116). En d'autres termes, si l'argent est rétif à l'affectation, c'est parce qu'il s'agit d'un mécanisme, d'un processus à la volatilité essentielle. Si on lui inflige les stigmates d'une origine quelconque vers laquelle il devrait retourner en cas d'altération d'une opération sous-jacente, non seulement sa propre circulation, voulue fluide par des techniques complexes, serait compromise, mais encore les causes de préférence seraient-elles bouleversées (1117). C'est donc avec une prudence particulière que doit

(1112) « Wanneer nu een cliënt aan zijn advocaat een bepalde geldsom in bewaring heeft gegeven, bijvoorbeeld in afwachting van de beslechting van een geschil, is die geldsom nog identificeerbaar onder haar girale vorm indien ze op een afzonderlijke bankrekening is geboekt. Derhalve verzet niets zich ertegen dat de client in geval van insolvabiliteit van de advocaat die bankrekening "revindiceert" » (*ibid*., p. 320, n° 10) ; notons que M. Sagaert invoque également le principe général de la subrogation réelle pour justifier, dans certaines hypothèses, les prérogatives du client de l'avocat.

(1113) Chr. BIQUET-MATHIEU, « Les sûretés », in *Chron. dr. not*., vol. XXXVI, Larcier, 2002, pp. 5 et s., sp. p. 41, n° 3 ; l'auteur s'exprime ainsi dans son commentaire d'un arrêt du 9 mars 2000 de la Cour de cassation qui soumit à la loi du concours l'acheteur qui avait sollicité, avant le prononcé de la faillite de son vendeur, la résolution de la vente et prétendait obtenir restitution par priorité de l'acompte qu'il avait versé (Cass., 1re ch., 9 mars 2000, *Pas*., 2000, I, p. 537, *R.W*., 2000-2001, pp. 480, avec note A. DE WILDE).

(1114) V. SAGAERT, *op. cit*., p. 318, n° 4 et p. 319, n° 6 ; peut-être cette « publicité » emporte-t-elle la « connaissance spéciale » nécessaire à la reconnaissance de l'opposabilité de la convention par les tiers, lorsque les effets obligatoires de celle-ci emportent un conflit d'intérêts (Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les obligations*, Cujas, 1999-2000, 10e éd., pp. 381 et 382, n° 654).

(1115) N. CATALA, *La nature juridique du paiement*, L.G.D.J., t. XXV, 1961, p. 107, n° 50.

(1116) Ainsi, la réparation d'un préjudice corporel ou moral ne garde pas les stigmates de la douleur ; sauf prévision inverse du législateur, ces sommes sont saisissables à charge de la victime (R. PERROT et Ph. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, *op. cit*., pp. 225 et 226, n° 212).

(1117) Lorsque le législateur recommande ou impose une consignation, il n'entre qu'exceptionnellement dans son intention de soustraire les fonds aux prétentions d'autres créanciers : comp. le prescrit de l'article 1404, alinéa 2, du Code judiciaire, selon lequel le cantonnement sur exécution provisoire « vaut paiement dans la mesure où le saisi se reconnaît ou est reconnu débiteur » avec la consignation opérée en application de l'article 1444, alinéa 3, du Code judiciaire, qui ne confère aucune exclusivité au créancier qui a saisi un immeuble à titre conservatoire, en sorte que les fonds provenant de la vente de l'immeuble peuvent faire l'objet d'une saisie-arrêt-exécution par un autre créancier (voy. Liège, 7e ch., 14 nov. 2002, *J.L.M.B*., 2003, p. 1711).

DBL5151.book Page 470 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

être reconnue la possibilité pour un créancier de faire valoir non pas une créance fragilisée par un état d'insolvabilité mais une récupération d'unités monétaires. Il ne s'agit donc pas de consacrer une reconnaissance d'une ségrégation généralisée des fonds scripturaux (1118).

Même pour ses partisans les plus convaincus, la reconnaissance du compte qualitatif ne peut intervenir qu'avec parcimonie et à la double condition de la présence d'un intérêt social et d'une publicité avertissant les tiers (1119). MM. Dirix et Sagaert estiment d'ailleurs que le refus d'admission, dans de récentes décisions tant belges que néerlandaises, d'un compte qualitatif s'expliquerait par l'absence de l'une ou de l'autre de ces deux conditions dans les circonstances précises (1120).

Une reconnaissance réservée des comptes qualitatifs nous paraît correspondre à l'air du temps. Comment justifier la consécration, par les lois du 14 juin 2004 et 27 décembre 2005, du report d'insaisissabilité de sommes protégées en cas de versement de celles-ci sur un compte en banque, alors que dans un même temps, on laisserait sans protection les sommes destinées ostensiblement à d'autres patrimoines que celui du titulaire du compte ?

350. Équilibre. De ces courants contradictoires ne peut naître qu'une solution à l'équilibre précaire. La prudence s'impose, sous peine de miner un fondement de notre droit patrimonial. Il faut donc plus que la traçabilité pour échapper à la régression de la remise d'unités scripturales en simple créance de somme. Une véritable individualisation est nécessaire. Le cloisonnement comptable, écrit M. Martin, « est d'une portée juridique majeure. Il a en effet la vertu objective de préserver l'individualisation […] Lesdites sommes, fongibles par nature, sont néanmoins préservées ainsi de tout mélange et donc de tout effet tiré d'une fongibilité à laquelle la séparation des avoirs fait précisément obstacle » (1121). Dans un article consacré aux traits caractéristiques de la mission des gestionnaires intervenant dans des hypothèses d'insolvabilité, M. Dirix déduit du caractère neutre de l'opération qui leur est confiée l'obligation

(1118) Commentant une décision du Hoge Raad néerlandais refusant la reconnaissance d'un compte de qualité dans une espèce où un intermédiaire, tombé en faillite, percevait les honoraires de médecins spécialistes pour compte de ces derniers, MM. Dirix et Saegart écrivent : « volgens de Hoge Raad, moet bij de uitbreiding van de kwaliteitsrekening terughoudendheid worden betracht gezien de rechtszekerheid en de belangen van het financieringsverkeer » (E. DIRIX et V. SAGAERT, « De kwaliteitsrekening herbezocht », *op. cit.*, p. 279, n° 14).

(1119) E. DIRIX et V. SAGAERT, « De kwaliteitsrekening herbezocht », *op. cit.*, p. 267, n° 4.

(1120) E. DIRIX et V. SAGAERT, « De kwaliteitsrekening herbezocht », *op. cit.*, p. 279, n° 14 et p. 282, n° 16

(1121) D. R. MARTIN, note sous Cass. fr. (3e civ.), 19 janv. 1994, *D.*, 1994, J., pp. 576 et 577.

DBL5151.book Page 471 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

de préservation des intérêts des créanciers en concours (1122). Dans un tel contexte, le savant auteur préconise la ségrégation des valeurs sur un compte « ès qualité », permettant la création d'un patrimoine d'affectation séparé de celui propre à l'administrateur (1123).

L'individualisation est au cœur d'un arrêt de la cour d'appel d'Anvers du 20 novembre 2002 (1124). Elle est aussi évoquée *a contrario* par un arrêt précité de la cour d'appel de Liège, certes à titre parfaitement surabondant puisque la cour exprime dans l'arrêt son hostilité à « la doctrine des *kwaliteitsrekeningen* » (1125). Cette individualisation ne peut cependant *per se* réserver à certains créanciers un traitement de

(1122) E. DIRIX, « De bewindvoerder in het insolventierecht », in *Liber amicorum W. van Gerven*, Kluwer, 2000, pp. 521 et s., sp. pp. 535 et 536, n° 11 ; un arrêt de la cour d'appel d'Anvers applique cet enseignement, sans le citer, en déduisant le maintien de l'individualisation de fonds insaisissables du fait qu'ils se trouvent sur le compte-tiers d'un huissier de justice (Anvers, 20 nov. 2002, *N.J.W.*, 2003, p. 965, avec note K.B.).

(1123) « Op de bewindvoerder de verplichting rust de bedragen die hij in het raam van zijn bewind ontvangt streng gescheiden te houden van het eigen vermogen, derwijze dat zij beveiligd zijn tegen de aanspraken van diens privé-schuldeisers c.q. erfgenamen […] Wanneer de gelden aldus werden ondergebracht op een 'kwaliteitsrekening' en wanneer bepaalde randvoorwaarden zijn vervuld, dan moet het afgescheiden karakter van deze tegoeden worden erkend. Eenieder dient te weten dat op deze rekening geen privé-gelden staan en dat de bewindvoerder deze rekening uitsluitend aanhoudt 'in kwaliteit' […] Zo'n afgescheiden vermogen moet worden aanvaard wanneer er een 'voor derden zichtbare en duurzame band tussen bewindvoerder en bewindsvermogen' bestaat » (E. DIRIX, « De bewindvoerder in het insolventierecht », *ibid.*).

(1124) Anvers, 20 nov. 2002, *N.J.W.*, 2003, p. 965, avec note K.B. ; dans cette affaire, une dame avait obtenu la condamnation de son employeur à lui verser des arriérés de rémunération et une indemnité de licenciement ; confrontée à l'inexécution de son débiteur, elle avait chargé un huissier de procéder à l'exécution forcée ; entre-temps, une saisie-arrêt conservatoire avait été formée à charge de la dame entre les mains de l'ancien employeur ; contraint par la menace d'exécution, ce dernier versa entre les mains de l'huissier mandaté par la dame les sommes insaisissables lui revenant et retint le solde, en raison de la saisie-arrêt conservatoire ; le créancier de la dame opéra une seconde saisie-arrêt conservatoire entre les mains de l'huissier, prétendant profiter des montants insaisissables ; l'huissier refusa cette prétention et versa les fonds au conseil de sa mandante ; les deux juridictions successivement saisies avalisèrent cette position, en estimant que le versement de montants insaisissables entre les mains d'un huissier ne leur faisaient pas perdre ce caractère ; comp. et *contra* : Civ. Anvers (sais.), 24 févr. 2003, *R.D.J.P.*, 2003, p. 305 qui, en matière de règlement collectif de dettes, décide « door het crediteren van de rekening van de schuldbemiddelaar het gestorte bedrag de aard van loon heeft verlan en vanaf dan tot de boedel van de collectieve schuldenregeling behoort dewelke, na herroeping, een tegoed vormen van de schuldenaar op de schuldbemiddelaar ».

(1125) Liège (7e ch.), 22 mai 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1689 ; le titulaire d'un compte bancaire dont le solde avait fait l'objet d'une saisie sollicitait la mainlevée de cette dernière en faisant état de ce que les fonds lui avaient été remis par un tiers dans le cadre de négociations préalables à une acquisition immobilière ; l'opposant produisait une convention de dépôt, la preuve du versement du montant déposé sur le compte en question et une attestation du gérant de banque ; la cour rejeta la prétention du saisi : « Les fonds confiés à M. par B., qui est intervenu volontairement à la procédure en instance pour demander la mainlevée de la saisie, n'ont pas été individualisés ; que le compte 083-[…] n'est pas un compte rubriqué ; qu'il n'a pas été ouvert pour les besoins de l'opération projetée ; que d'autres sommes y ont été versées puisqu'au 23 janvier 1996, le solde créditeur s'élevait à 1 430 948 francs et que les pièces produites par le ministère public en instance révèlent l'existence de mouvements de fonds réguliers »

DBL5151.book Page 472 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

faveur en leur permettant d'obtenir un paiement anticipé (1126), sauf hypothèse d'une indication d'*accipiens* (1127) ou application d'une disposition spécifique, tel l'article 1404, alinéa 2, du Code judiciaire.

351. Le caractère collectif du compte n'apparaît pas dirimant. Un compte collectif est-il la négation même de l'identification et de l'individualisation ? Nous ne le pensons pas. À propos du compte ouvert par le notaire, M. Demblon écrit à juste titre : « La comptabilisation nominale figurant dans la comptabilité du notaire, jointe au compte collectif constituent ensemble l'identification nécessaire à la revendication par le déposant » (1128). C'est là une caractéristique de la monnaie scripturale.

M. Sagaert plaide également en faveur de la reconnaissance comme compte qualitatif du compte collectif. Bien que l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles qu'il annote ne fasse aucune référence à cette argu-

(1126) Voy. Liège (7e ch.), 14 nov. 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1711 ; après avoir signifié une saisie immobilière conservatoire, un créancier accepte qu'il soit procédé à la consignation visée à l'article 1444, alinéa 3, du Code judiciaire ; des fonds sont ainsi versés sur un compte individualisé tenu par un notaire, qui reçoit par la suite une saisie-arrêt exécution entre ses mains à la requête d'un autre créancier ; le premier créancier saisissant prétendait à des droits préférentiels sur les deniers ; la cour estima que la volonté d'une partie de « voir individualiser les fonds de façon certaine pour qu'ils ne puissent entrer en concours avec aucun autre créancier nouveau qui surviendrait après la réalisation de l'immeuble » ne pouvait faire échec à l'article 8 de la loi hypothécaire ; « en conséquence, bien que consignés sur un compte individualisé tenu par le notaire Carlier dans le cadre de l'article 1444, alinéa 3, du Code judiciaire, les fonds que l'appelant se réservait pouvaient faire l'objet d'une saisie-arrêt exécution à la requête d'un autre créancier, puisqu'ils n'étaient pas sortis du patrimoine du débiteur, mais seulement mis en réserve dans l'attente de la consécration d'un titre exécutoire dans le chef de l'appelant » ; sur le fait qu'une saisie conservatoire n'emporte aucune cause de préférence, voy. ég. Bruxelles (8e ch.), 25 janv. 1990, *J.L.M.B.*, 1990, p. 844.

(1127) Voy. Liège (7e ch.), 13 mai 1997, *Rev. prat. soc.*, 1998, p. 202, avec note H. MOUREAU TAYMANS d'EYPERNON, « Vente d'immeuble et concours : quelques réflexions à propos de la protection des fonds destinés aux tiers au moyen des comptes de qualité des notaires » ; un notaire est désigné, à la diligence d'un organisme financier, pour procéder à la vente sur saisie d'un immeuble ; après atermoiements, il est finalement décidé de procéder à une vente de gré à gré ; les créanciers intéressés sont d'une part l'organisme financier inscrit, d'autre part un couple marié ayant fait transcrire un commandement préalable à saisie exécution immobilière ; le notaire rédige un compromis de vente sous seing privé, qui prévoit que l'immeuble est vendu pour quitte et libre de toutes inscriptions et transcriptions en ce sens que ces charges seront apurées au moyen du prix de vente, à due concurrence, par les soins du notaire instrumentant et au nom de l'acheteur ; la majeure partie du prix versé est immédiatement transférée par le notaire au créancier inscrit ; le surplus reste bloqué sur un compte rubriqué, en raison du décès d'un des conjoints et de la disparition provisoire de l'autre ; survient la liquidation, puis la faillite de la société venderesse ; le curateur réclame paiement de la somme bloquée au profit de la masse ; le tribunal de commerce de Dinant fait droit à cette demande ; la cour d'appel de Liège réforme cette décision ; selon la cour, le problème central résidait dans la question si la somme bloquée était entrée ou restée dans le patrimoine failli ; la cour répondit négativement à cette question : « il y a eu indication d'accipiens en la personne du notaire G. ; conformément à la volonté des parties à l'acte de vente, celui-ci a reçu paiement de la somme […] non pour compte de la société mais d[es] créanciers […] ; le paiement effectué par l'acheteur entre les mains du notaire est ratifié par le créancier […] le paiement sort donc ses effets au jour où il a été reçu par l'accipiens désigné par les parties, soit avant la naissance du concours ».

(1128) J. DEMBLON, « Des incidences des ouvertures de crédit sur le dépôt-client et leur individualisation », *op. cit.*, p. 177, nos 43 et 44.

DBL5151.book Page 473 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

mentation, l'auteur constate qu'il est parfois objecté que le compte-tiers étant collectif, les fonds destinés aux différents clients et adversaires de l'avocat font l'objet d'une confusion qui anéantit le droit réel justifiant la séparation des patrimoines (1129).

L'auteur réplique que l'existence de comptes de qualité généraux est admise par la doctrine et peut s'expliquer par la transformation de chacun des droits individuels des clients en un droit de copropriété sur l'assiette collective qu'est l'avoir bancaire. Et l'auteur de citer deux dispositions consacrant pareille figure, soit l'arrêté royal du 10 novembre 1967 et l'article 471 du Code des sociétés (1130). L'extension de ces solutions à des figures non réglementées par un texte ne pose pas de difficulté, selon M. Sagaert (1131).

2° Statut du compte de gestion de fonds destinés à autrui

352. Préservé des poursuites contre son titulaire... Restant séparé du patrimoine du titulaire du compte de qualité, le solde de celui-ci ne peut faire l'objet de poursuites de la part de ses créanciers (1132). Si une telle saisie est néanmoins formée, la doctrine préconise que la banque se conforme à ses obligations légales en bloquant provisoirement le solde et en opérant une déclaration de tiers saisi faisant état de la nature du compte ; il appartiendra alors aux destinataires des fonds de revendiquer ceux-ci (1133). On doit relever que cette conception est assez désincarnée de la réalité des choses puisque les tiers ne seront pas mis au courant de la mesure de poursuite (1134). Il est vrai que l'état du droit n'est pas plus satisfaisant pour les meubles corporels en état d'indivision. Il s'impose donc, *de lege ferenda*, d'exiger du titulaire, sous peine de sanction, l'information du tiers.

Pas plus que d'autres créanciers du titulaire du compte, la banque ne peut émettre des prétentions, par exemple par voie de compensation,

(1129) V. SAGAERT, *op. cit.*, p. 321, n° 14.

(1130) Voy. les articles 2 et 13 de l'arrêté royal n° 62 coordonné relatif au dépôt d'instruments financiers fongibles et à la liquidation d'opérations sur ces instruments, *M.B.*, 23 févr. 2004 ; remarquons que l'article 471 du Code des sociétés a été modifié par l'article 28 de la loi du 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières.

(1131) « De erkenning van een 'algemene kwaliteitsrekening' buiten deze wettelijk erkende gevallen sluit aldus aan bij een zakenrechtelijke ontwikkeling die de gevolgen van een vermenging nuanceert » (V. SAGAERT, *op. cit.*, p. 322, n° 15).

(1132) E. DIRIX et K. BROECKX, *Beslag*, *op. cit.*, p. 416, n° 713.

(1133) E. DIRIX et K. BROECKX, *Beslag*, *op. cit.*, p. 417, n° 714 ; V. SAGAERT, « De derdenrekening van een advokaat : een algemene kwaliteitsrekening ? », *op. cit.*, p. 325, n° 24.

(1134) Nous verrons plus loin qu'une attitude identique est proposée en cas de saisie du solde d'un compte ouvert par plusieurs titulaires ; dans pareille hypothèse, on peut s'interroger sur l'efficience de la solution proposée si le titulaire non-débiteur n'est pas averti de la saisie ; il est dès lors nécessaire de prévoir l'obligation, dans le chef de l'organisme de crédit, de dénoncer la mesure au(x) co-titulaire(s) ; voy. *infra*, n^{os} 398 à 403.

DBL5151.book Page 474 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

sur le solde d'un compte de ce type, même si une convention en principe efficace nonobstant concours a été consentie par ce titulaire (1135).

353. … mais non de celles exercées contre le destinataire des fonds. Quant aux créanciers du destinataire des fonds, ils peuvent former une saisie-arrêt entre les mains du titulaire du compte (1136). C'est l'attitude que nous conseillons, même si elle n'est pas unanimement partagée, comme nous l'avons constaté à l'occasion de nos précédents développements relatifs au compte rubriqué ouvert par un notaire (1137). Cette controverse ne doit pas dissimuler l'essentiel, à savoir que soit assurée l'intégrité des fonds destinés à la clientèle du titulaire du compte ou à des tiers, par l'impossibilité que ces fonds soient saisis par les créanciers personnels du titulaire du compte. Pour le surplus, l'efficacité du droit de l'exécution plaide pour la reconnaissance d'une alternative au profit du créancier du destinataire économique des fonds : il lui est recommandé d'opérer la saisie entre les mains du titulaire du compte, mais est également concevable une saisie entre les mains de l'établissement de crédit, pourvu que ce dernier sache précisément à quoi s'en tenir (1138).

354. Usage abusif des comptes de qualité. M. Sagaert examine les conséquences de deux utilisations usurpées du compte-tiers par l'avocat, qui détournerait le pouvoir d'administration dont il jouit sur le compte. En premier lieu, si le solde du compte est insuffisant pour satisfaire les droits de chacun des clients, une répartition au marc le franc s'imposera, sans préjudice d'une application de la subrogation réelle « généralisée »

(1135) Voy. *supra*, n^os^ 97 et s.

(1136) « Schuldeisers van de economisch gerechtigde kunnen enkel beslag leggen in handen van de rekeninghouder. Er bestaat geen behoefte om een beslag toe te staan onder de bank lastens de rekeninghouder in zijn hoedanigheid van vertegenwoordiger, bewaarnemer c.q. fiduciaris » (E. DIRIX et K. BROECKX, *Beslag*, *op. cit.*, p. 417, n° 714) ; V. SAGAERT, « De derdenrekening van een advokaat : een algemene kwaliteitsrekening ? », *op. cit.*, p. 356, n° 25 : « (De) bewindsrecht plaatst een waterdicht tussen de belanghebbenden van de derdenrekening en de bank. De bank kent enkel de advocaat en weet dat hif in hoedanigheid handelde, maar staat niet in een verbintenisrechtelijke verhouding tot zijn cliënteel […] Het derdenbeslag moet derhalve gelegd worden in handen van de advocaat, die een afgifteverplichting heeft tegenover de belanghebbenden » ; *adde* E. DIRIX et V. SAGAERT, « De kwaliteitsrekening herbezocht », *op. cit.*, p. 272, n° 8.

(1137) Voy. *supra*, n^os^ 321 à 323 ; *adde R.P.D.B.*, v° Saisie-arrêt bancaire, p. 825, n° 59 où, en référence à une précédente édition du traité de MM. Dirix et Broeckx, il est écrit que « pareille saisie devrait être pratiquée entre les mains de la banque, à charge du titulaire du compte, mais en sa qualité de représentant, dépositaire ou fiduciaire ».

(1138) Voy. *supra*, n° 323 ; à ce propos, la position de M. Sagaert qui ne conçoit pas qu'une saisie puisse avoir lieu entre les mains de l'établissement de crédit, nous paraît paradoxale : « De bank kent enkel de advocaat en weet dat hij in hoedanigheid handelde, maar staat niet in een verbintenisrechtelijke verhouding tot zijn cliënteel. Aangezien de schuldeisers van de belanghebbenden niet meer rechten kunnen laten gelden dan hun schuldenaar, kunnen zij evenmin tussenkomen in die verhouding » (V. SAGAERT, *op. cit.*, p. 326, n° 25) ; il est dès lors singulier de constater qu'en ce qui concerne les sommes versées sur un compte rubriqué, le même auteur écrit : « In dat geval, kunnen enkel de schuldeisers van de vertegenwoordigde derdenbeslag leggen in handen van de bank ».

DBL5151.book Page 475 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

qui permettrait au destinataire floué de récupérer le solde de ses droits (1139).

En second lieu, qu'advient-il si le compte-tiers a été partiellement alimenté par des fonds privés de l'avocat ? Cette circonstance suffit-elle à empêcher l'isolement du compte-tiers au sein du patrimoine de l'avocat ? Non, répond M. Sagaert, selon qui il découlera simplement de cette circonstance une « communauté » entre l'avocat et ses clients (1140). Il serait d'ailleurs paradoxal d'admettre la possibilité d'un compte tiers collectif qui rassemble des fonds destinés à différentes personnes et d'en même temps estimer dirimant la présence de fonds propres à l'avocat. Les créanciers du premier nommé n'exerceront leurs droits que sur sa part, après liquidation des droits respectifs de ses clients, par analogie avec l'article 1561 du Code judiciaire. L'auteur s'interroge enfin sur le point de savoir si les clients de l'avocat doivent recevoir un traitement prioritaire par rapport aux créanciers de l'avocat (1141).

355. Conclusion. Au terme de notre examen, nous ne pensons pas que la virtualité de protéger les destinataires de fonds en attente d'affectation soit l'apanage du seul compte rubriqué ouvert par un notaire. Les principes mis en jeu ne participent pas, selon nous, d'une « institution juridique *sui generis* spécifique à la fonction notariale » (1142). L'utilité sociale, que sert le droit objectif (1143), ainsi que la traçabilité intrinsèque de la monnaie scripturale, nous paraissent de nature à favoriser la reconnaissance des comptes de qualité. Nul ne peut raisonnablement ignorer que le solde créditeur se trouvant sur les comptes tiers d'un huissier de justice ne constitue qu'une richesse en transit entre les mains d'un officier public et ministériel. Il en va de même pour l'avocat et le notaire. Y a-t-il un obstacle à étendre la solution à d'autres professions ? Nous ne le pensons pas, pourvu que le compte comporte une nécessaire extériorisa-

(1139) V. SAGAERT, « De derdenrekening van een advokaat : een algemene kwaliteitsrekening ? », *op. cit.*, p. 323, n^os^ 17 et 18 ; à nouveau, l'auteur propose d'appliquer par analogie la solution offerte par l'article 10, 3^e^ alinéa, de l'arrêté royal n° 62 du 10 novembre 1967, devenu l'article 13 de l'arrêté royal n° 62 relatif au dépôt d'instruments financiers fongibles et à la liquidation d'opérations sur ces instruments ; cette disposition prône la répartition au marc le franc en cas d'insuffisance des effets ; quant à la « traçabilité » de l'utilisation des fonds indûment prélevés du compte tiers, M. Sagaert s'inspire de l'article 43*bis* du Code pénal.

(1140) « Er ontstaat een gemeenschap tussen de advocaat en zijn cliënten. De schuldeisers van eerstgenoemde kunnen beslag leggen op het aandeel van hun debiteur in het geheel van de vermenging. Dat beslag kan echter slechts worden ten uitvoer gelegd na verdeling van het banksaldo tussen de advocaat en zijn cliënten » (V. SAGAERT, *op. cit.*, p. 324, n° 21).

(1141) L'auteur examine plus avant l'hypothèse où s'ajoute au versement de fonds privés sur le compte-tiers un retrait non justifié, de sorte que le solde disponible ne suffit pas pour satisfaire les prétentions de chacun (*ibid.*, pp. 324 et 325, n^os^ 22 et 23).

(1142) R. BOURSEAU, « Les comptes rubriqués du notaire. Le droit actuel et ses lacunes », *op. cit.*, p. 76, n° 82.

(1143) J. GHESTIN, « Les effets du contrat à l'égard des tiers — Introduction », in *Les effets à l'égard des tiers*, L.G.D.J., 1992, t. 227, p. 9, n° 4.

DBL5151.book Page 476 Vendredi, 10. février 2006 2:49 14

tion de sa nature particulière. Le régime n'est évidemment pas parfaitement satisfaisant en cas de malversation mais tel est souvent le cas. Il serait malheureux de se priver pour cette seule raison d'un instrument qui nous paraît répondre à un réel besoin.