

RECHTSLEER

DOCTRINE

INSOLVENTIE/INSOLVABILITÉ

La réforme des sûretés réelles mobilières

Werner Derijcke¹

Chapitre I. Introduction	693
Section 1. Les étapes d'une réforme	693
Section 2. Choix rédactionnel et légistique	695
§ 1. <i>Le Code Napoléon comme modèle rédactionnel</i>	695
§ 2. <i>Une insertion dans le Code civil avec une numérotation autonome</i>	695
Section 3. Principes interprétatifs	696
§ 1. <i>Lignes de force de la loi nouvelle</i>	696
§ 2. <i>Principes interprétatifs</i>	697
Chapitre II. Le gage	698
Section 1. L'abrogation de la dépossession comme élément constitutif du contrat de gage et retour du refoulé – Le gage étalon	698
§ 1. <i>Le rôle de la (dé)possession</i>	698
§ 2. <i>Le gage étalon</i>	699
Section 2. Le gage de registre	700
§ 1. <i>Le gage comme sûreté réelle conventionnelle</i>	700
§ 2. <i>Constitution du gage</i>	700
1° Un contrat en principe <i>consensuel</i> , exceptionnellement <i>solennel</i>	700
2° Dissociation entre le titulaire du <i>droit de sûreté</i> et le titulaire de la <i>créance garantie</i>	701
3° Constitution par un tiers	701
§ 3. <i>Preuve du gage</i>	702
§ 4. <i>Créance garantie</i>	702
§ 5. <i>L'assiette du gage</i>	702
1° Tout bien mobilier ou ensemble de biens mobiliers	702
2° Droits et obligations du <i>constituant du gage</i> sur l'assiette de celui-ci	703
3° Droits limités du <i>créancier gagiste</i> sur les biens mis en gage	704
§ 6. <i>L'opposabilité du gage de registre</i>	704
1° Le <i>registre des gages</i>	704
2° L' <i>enregistrement</i> d'un <i>gage de registre</i> ou d'une modification de celui-ci	705
3° Inscriptions erronées	706
4° Accessibilité du <i>registre des gages</i>	706
§ 7. <i>La réalisation du gage</i>	707
1° <i>Summa divisio</i> : le <i>constituant du gage</i> est-il ou non un consommateur ?	707
2° Principes gouvernant la réalisation du gage	707
3° Procédure	708

¹ Maître de conférences invité à l'Université catholique de Louvain, avocat au barreau de Bruxelles. L'auteur remercie celles et ceux qui ont bien voulu relire des versions antérieures de ce texte. Les citer constituerait une captation déloyale de renommée. Puissent-ils apercevoir dans cette discrétion un témoignage supplémentaire, bien que paradoxal, de reconnaissance.

4° Distribution	709
5° Contrôle judiciaire	711
§ 8. <i>Fin du contrat de gage</i>	712
§ 9. <i>Radiation du gage</i>	712
Section 3. Le gage avec dépossession	713
§ 1. <i>Les biens mobiliers corporels et les créances</i>	713
1° Les biens mobiliers corporels	713
2° Les créances	713
§ 2. <i>Preuve du gage</i>	714
1° Objets mobiliers corporels	714
2° Créances	714
3° Gage mixte	715
§ 3. <i>Conséquences de la dépossession</i>	715
1° Le créancier gagiste comme dépositaire	715
2° Le créancier gagiste en bon père de famille	715
3° Le devoir de séparation lorsque l'assiette du gage est constituée de choses fongibles	715
4° Le droit de rétention du créancier gagiste	716
§ 4. <i>La réalisation du gage avec dépossession</i>	717
1° Le gage-espèces	717
2° Gage sur créances	717
Chapitre III. Généralisation de la validité de la clause de réserve de propriété	717
Section 1. Opposabilité controversée puis validation partielle par le législateur de 1997	717
Section 2. Extension de l'opposabilité de la clause de réserve de propriété par le législateur de 2013	718
Section 3. La clause de réserve de propriété comme sûreté réelle conventionnelle occulte	718
Chapitre IV. Le droit de rétention	719
Section 1. Intervention limitée du législateur	719
Section 2. Conditions d'exercice	719
Section 3. Opposabilité	719
Section 4. Droit de préférence	720
Chapitre V. Le droit du sous-traitant	720
Section 1. Maintien des droits préférentiels des sous-traitants	720
Section 2. Extension du champ d'application ratione personae du privilège et confirmation du champ d'application réduit ratione temporis de l'action directe	720
Section 3. Amélioration du sort du maître de l'ouvrage	721
Chapitre VI. Entrée en vigueur et dispositions transitoires	721
Section 1. Entrée en vigueur	721
Section 2. Dispositions transitoires	721
§ 1. <i>Les sûretés réelles mobilières légales</i>	721
§ 2. <i>Les sûretés réelles mobilières conventionnelles</i>	721
1° Les sûretés avec dépossession	721
2° Les sûretés soumises à publicité instrumentaire	722
Chapitre VII. Conclusion	722

RÉSUMÉ

Les lois des 24 juin 2013 (matières bicamérales) et 11 juillet 2013 réforment en profondeur le droit belge des sûretés réelles mobilières conventionnelles.

Les textes existant du Code civil n'étaient depuis longtemps plus cohérents avec la pratique quotidienne et devaient être révisés.

La réforme a été préparée et accompagnée par le professeur E. DIRIX.

Les lignes de force de la nouvelle loi sont : la dépossession n'est plus une condition d'existence du contrat de gage mais constitue tout au plus un mode de publicité possible pour une telle sûreté ; l'opposabilité aux tiers d'un gage suppose en règle l'enregistrement de celui-ci dans le registre des gages, l'opposabilité d'un gage sur un meuble corporel ou sur une créance pouvant en outre être réalisée par la dépossession ; toutes les constructions contractuelles

possibles pour créer une sûreté réelle mobilière conventionnelle sont réduites à un droit de gage ; la procédure de réalisation des biens gagés est largement abandonnée à la liberté contractuelle sous la supervision du juge des saisies ; l'opposabilité de la clause de réserve de propriété est généralisée et cette clause constitue une véritable sûreté réelle conventionnelle ; le droit de rétention confère dorénavant le même droit de préférence qu'un gage.

SAMENVATTING

De wetten van 24 juni 2013 (bicamerale aangelegenheden) en 11 juli 2013 hervormen het Belgisch recht van de contractuele roerende zakelijke zekerheden grondig.

De bestaande teksten van het Burgerlijk Wetboek waren al lang niet meer coherent met de dagdagelijkse praktijk en waren aan herziening toe.

De hervorming werd voorbereid en begeleid door professor E. DIRIX.

De krachtlijnen van de nieuwe wet zijn: de buitenbezitstelling is niet langer een bestaansvoorwaarde voor de pandovereenkomst maar geldt hooguit nog als een mogelijke publiciteitsmaatregel voor zo een zekerheid; in beginsel vereist de tegenwerpelijheid van een pandrecht de registratie ervan in het pandregister; met dien verstande dat voor een pand op een lichamelijk roerend goed of op een schuldvordering de tegenwerpelijheid ook door middel van een buitenbezitstelling kan worden verwezenlijkt; alle mogelijke contractuele constructies om een conventionele roerende zakelijke zekerheid tot stand te brengen, worden tot een pandrecht herleid; de uitwinningprocedure voor de verpande goederen wordt grotendeels aan de contractuele vrijheid overgelaten, onder toezicht van de beslagrechter; de tegenwerpelijheid van het beding van eigendomsvoorbehoud wordt veralgemeend en het eigendomsvoorbehoud maakt een volwaardige contractuele roerende zekerheid uit; het retentierecht verleent voortaan hetzelfde preferentierecht als een pand.

CHAPITRE I. INTRODUCTION

Section 1. Les étapes d'une réforme

1. Au début de l'année 2010, le ministre de la Justice, estimant que le régime des sûretés en général, et des *sûretés réelles mobilières* en particulier, n'est plus adapté aux exigences du temps², charge le professeur Eric DIRIX d'une mission d'étude en vue de la préparation d'un projet de loi de réforme.

Le professeur E. DIRIX rend son rapport le 12 juillet 2010. Celui-ci est accompagné d'un avant-projet de loi qui servira de texte martyr pour les travaux ultérieurs (« **l'avant-projet DIRIX** »).

2. Outre une réforme en profondeur des *sûretés réelles mobilières*, l'avant-projet DIRIX propose une révision du

droit des sûretés personnelles, révision qui, entre autres choses, prendrait acte de l'existence, consacrée par la pratique, de *sûretés personnelles indépendantes*.

On peut supposer que des motifs de réalisme politique et législatif ont dicté l'abandon de cet autre volet de la réforme envisagée.

3. Pourtant si un reproche avait pu être adressé au périmètre de travail confié au professeur E. DIRIX, ce ne serait pas tant que celui-ci aurait été trop étendu mais, au contraire, qu'il ait été trop restreint.

Ainsi la conception du gage qui transparaît dans la loi du 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières (« **LSF** ») est encore celle – abandonnée par la loi nouvelle – d'un

² Sur les caractéristiques et l'évolution du droit des sûretés – et sur l'absence même de définition légale de la notion de *sûreté* – voy. A. BRUYNEEL, « L'évolution du droit des sûretés – Constatations et questions », in *Les sûretés*, Colloque de Bruxelles des 20 et 21 octobre 1983, Paris, Feduci, 1984, pp. 5-31 ; I. MOREAU-MARGRÈVE, « Evolution du droit et de la pratique en matière de sûretés », in *Les créanciers et le droit de la faillite*, Commission droit et vie des affaires, Bruylant, Bruxelles, 1983, pp. 79-82 ; A.-M. STRANART, *Les sûretés*, Bruxelles, E.Story-Scientia, 1992, pp. 1-5, n^{os} 1-3. Voy. aussi F. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 5-9, n^{os} 1-5 ; M. CABRILLAC, Chr. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PÉTEL, *Droit des sûretés*, 9^e éd., Paris, Litec, 2010, pp. 1-17, n^{os} 1-11 ; Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 2012, pp. 1-32, n^{os} 1-37. Adde : Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P. CROCQ, *Les sûretés, La publicité foncière*, 6^e éd., Paris, Defrénois, 2012, pp. 1-16, n^{os} 1-22, qui dressent au passage un tableau comparatif des qualités respectives des diverses sûretés existantes et proposent le portrait robot de l'introuvable « *sûreté idéale* » [comp. *Exposé des motifs (confer infra*, note infrapaginale n^o 4), p. 14] ; H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, Fr. CHABAS, M. DE JUGLART et Y. PICOD, *Leçons de droit civil*, t. III, vol. 1, Paris, Monchrestien, 1999, pp. 14-17, n^{os} 6.1-6-3, qui soulignent combien « [l']inflation [des sûretés] conduit à l'évanescence, au dépérissement sournois » et mettent en évidence « le retour à l'archaïsme par l'évolution actuelle du droit des sûretés » ; Y. PICOD, *Droit des sûretés*, 2^e éd., Paris, P.U.F., 2011, pp. 1-26, n^{os} 1-19, qui attire l'attention sur « [l]a persistance de l'éclatement du droit des sûretés » malgré l'évolution récente en France.

gage-contrat réel³ supposant la *dépossession du constituant du gage*⁴.

Autre illustration : l'article 7, § 1^{er}, de l'arrêté royal n° 62 coordonné relatif au dépôt d'instruments financiers fongibles et à la liquidation d'opérations sur ces instruments dispose : « Pour la constitution d'un **gage civil ou commercial sur instruments financiers fongibles, la mise en possession se réalise valablement par l'inscription de ces instruments financiers à un compte spécial ouvert auprès de l'organisme de liquidation ou auprès d'un affilié au nom d'une personne à convenir. (...) Le gage ainsi constitué est valable et opposable aux tiers sans autre formalité.** ». Ici encore, le texte accorde à la notion de *dépossession* une importance qui n'est plus cohérente avec le nouveau régime issu de la réforme. Par ailleurs, la distinction entre *gage civil* et *gage commercial* disparaît avec le droit nouveau⁵. Enfin, il faut regretter que ce gage spécifique ne soit pas (explicitement) soumis à l'obligation d'enregistrement dans le registre des gages (confer *infra*, n° 48).

4. Dans la foulée de l'avant-projet DIRIX, le ministre de la Justice met en place un Groupe d'experts⁶ qui, sous la présidence du professeur E. DIRIX, rend son rapport, accompagné d'un avant-projet de loi amendé (« **l'avant-projet du Groupe d'experts** »), le 14 octobre 2011.

5. Après avoir cessé ses fonctions de ministre de la Justice, M. Stefaan DE CLERCK, en sa qualité de député à la Chambre des représentants, dépose l'avant-projet du Groupe d'experts sous la forme d'une proposition de loi le 27 février 2012⁷.

Par lettre du 8 mars 2012, M. S. DE CLERCK fait cependant savoir à la Chambre des représentants qu'il retire sa proposition de loi⁸, laquelle est alors redéposée le 18 juillet 2012 par MM. J. GEORGE⁹ et M. Chr. BROTCORNE¹⁰.

Cette proposition de loi ne sera cependant pas spécifiquement étudiée par la Chambre des représentants¹¹. Le nouveau gouvernement se saisit du texte, lequel est « soumis à une consultation publique à l'occasion de laquelle divers avis furent communiqués au SPF Justice. Il fut également soumis au Conseil de la consommation qui rendit un avis le 30 avril 2012. Sur base de ces différents avis, le gouvernement décida d'apporter diverses modifications au texte initial du groupe d'experts »¹².

6. Le 11 juillet 2012¹³, le ministre de la Justice soumet pour avis un texte amendé au Conseil d'Etat.

Après scission du texte initial¹⁴ et examen à la Chambre des représentants, puis évocation et amendement par le Sénat, le

³ Sur le gage comme *contrat réel*, voy. M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière, sûretés réelles et privilèges*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 423-426, n°s 985-990; A.-M. STRANART, *Les sûretés*, op. cit., pp. 26-28, n° 17; F. T'KINT, *Sûretés*, op. cit., pp. 134-140, n°s 244-257. Comp. Th. THÉATE, « Etude législative et doctrinale de la loi du 5 mai 1872 relative au gage commercial », *Rev. dr. b.*, II, 1891-95, p. 393, n° 2.

⁴ LSF, art. 4, § 1^{er}, al. 3; E. DIRIX, « Controle door de pandhouder van een schuldvordering en de Wet Financiële Zekerheden », *R.W.*, 2006-07, liv. 32, pp. 1337-1338. Voy. projet de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières et abrogeant diverses dispositions en cette matière, projet de loi réglant des matières visées à l'art. 77 de la Constitution en matière de sûretés réelles mobilières, *Exposé des motifs*, Doc. parl., Chambre, 2012-13, n°s 53-2463/001-53-2464/001, pp. 28-29 [il sera fait référence ci-après à cet *exposé des motifs* de la façon suivante *Exposé des motifs*, p. ...]. Comp. projet de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières et abrogeant diverses dispositions en cette matière, rapport fait au nom de la commission de la justice par Mme I. FAES et M. Y. VASTERAVENDTS, *Doc. parl.*, Sénat, 2012-2013, n° 5-1922/4, pp. 18-19 [discussion de l'art. 71 du projet de loi; ce rapport sera cité ci-après *Rapport Sénat*, p. ...]. *Adde*, D. LECHIEN, « Avant-projet de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières », in *Privilèges et hypothèques. Commentaire avec aperçu de jurisprudence et de doctrine*, I, Dispositions générales, A, Introduction, Waterloo, Kluwer, 2012, pp. 12-13, n° 9.

⁵ Sauf peut-être sous l'angle du droit de la preuve; confer *infra*, note infrapaginale n° 231.

⁶ « Ce groupe était composé des personnes suivantes le professeur DIRIX (K.U.Leuven – président), les professeurs W. DERLJCKE (U.C.L.), F. GEORGES (U.Lg.), M. GRÉGOIRE (U.L.B.), V. SAGAERT (U.Antwerpen), M. TISON (U.Gent), Me I. PEETERS (avocat), MM O. BARTHOLOMÉ et J. PIETERS (SPF Finances) et Mr J.-Chr. BOULET (SPF Justice – secrétaire). » (*Exposé des motifs*, p. 4). Sur l'avant-projet du Groupe d'experts, voy. D. LECHIEN, op. cit., pp. 7 et s.

⁷ Proposition de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières, *Doc. parl.*, Chambre, 2011-2012, n° 53-2083/001, 90 p.

⁸ Séance plénière de la Chambre, 8 mars 2012, après-midi, CRIV 53 PLEN 074, Annexe, p. 10.

⁹ Proposition de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières, *Doc. parl.*, Chambre, 2011-12, n° 53-2376/001, 91 p.

¹⁰ Proposition de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières, *Addendum*, *Doc. parl.*, Chambre, 2011-12, n° 53-2376/002, 1 p.

¹¹ Proposition de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières, rapport fait au nom de la commission de la justice par Mme C. VAN CAUTER, *Doc. parl.*, Chambre, 2011-2012, n° 53-2376/003, 1 p. Voy. aussi projet de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières et abrogeant diverses dispositions en cette matière, projet de loi réglant des matières visées à l'art. 77 de la Constitution en matière de sûretés réelles mobilières, proposition de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières, rapport fait au nom de la commission de la justice par Mme C. VAN CAUTER, *Doc. parl.*, Chambre, 2012-13, n° 53-2463/005, p. 4 [il sera fait référence ci-après à ce rapport de la façon suivante *Rapport Chambre I*, p. ...].

¹² *Exposé des motifs*, p. 4. Voy. aussi *Rapport Chambre I*, p. 5.

¹³ Voy. avis du Conseil d'Etat n° 51.680/2/V du 27 août 2012 in projet de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières et abrogeant diverses dispositions en cette matière, projet de loi réglant des matières visées à l'art. 77 de la Constitution en matière de sûretés réelles mobilières, *Doc. parl.*, Chambre, 2012-13, n°s 53-2463/001 et 53-2464/001, p. 105. Cet avis du Conseil d'Etat sera cité ci-après : avis du Conseil d'Etat n° 51.680/2/V du 27 août 2012, p. ...

¹⁴ « Conformément à [l']avis [du Conseil d'Etat], ce projet de loi unique a été séparé en deux projets, le premier reprenant les dispositions relevant de l'article 78 de la Constitution, soit la totalité des dispositions du projet initial à l'exception de deux dispositions qui relèvent de l'article 77 de la Constitution et qui ont été reprises sous un second projet distinct. L'intitulé du projet initial a également été revu afin de refléter son contenu de manière plus complète, conformément à l'observation formulée à ce propos par le Conseil d'Etat. » ; *Exposé des motifs*, pp. 4-5. *Adde* : avis du Conseil d'Etat n° 51.680/2/V du 27 août 2012, p. 111.

texte final de la loi du 11 juillet 2013 (*confer infra*, n° 7) est adopté à l'unanimité en séance plénière de la Chambre le 30 mai 2013¹⁵.

7. Le *Moniteur belge* du 2 août 2013 publie les deux textes.

Il s'agit :

- d'une part, de la loi du 24 juin 2013¹⁶ réglant des matières visées à l'article 77 de la Constitution en matière de *sûretés réelles mobilières* (ci-après « **loi du 24 juin 2013** »)¹⁷ ;
- d'autre part, de la loi du 11 juillet 2013 modifiant le Code civil en ce qui concerne les *sûretés réelles mobilières* et abrogeant diverses dispositions en cette matière (ci-après « **loi du 11 juillet 2013** »)¹⁸.

8. En substance, ces lois abrogent l'antichrèse et réforment le droit du gage (ci-après, chapitre II), érigent la clause de réserve de propriété en *sûreté réelle mobilière* conventionnelle à part entière (chapitre III), donnent au *droit de rétention* le même droit de préférence qu'un gage (chapitre IV) et retouchent les dispositions relatives aux garanties légales en faveur du sous-traitant (chapitre V). Le dernier chapitre de la présente contribution sera consacré aux dispositions transitoires (chapitre VI).

Dans le courant de l'exposé, nous examinerons également la compétence nouvelle du *juge des saisies* en matière de *sûretés réelles mobilières* (ci-après, nos 21, 25, 60, 65-66, 81-88, et 92). Cette compétence est l'objet principal de la loi du 24 juin 2013 (*confer supra*, n° 8 et la note infrapaginale n° 17).

15. CRIV 53 PLEN 145, p. 141.

16. *Mon. b.*, 2 août 2013, p. 48462.

17. Cette loi comporte quatre articles.

L'article 1^{er} vise l'article 77 de la Constitution qui énumère les matières dites bicamérales, parmi lesquelles « l'organisation des cours et tribunaux ». L'article 2 complète l'article 633 du Code judiciaire, qui régit la compétence *territoriale* du *juge des saisies*, pour y ajouter une compétence de principe en faveur du « *juge des saisies du domicile du constituant du gage* », sauf pour la réalisation du gage lorsque le constituant est un *consommateur* (sur cette notion de *consommateur*, *confer infra*, note infrapaginale n° 80).

L'article 3 modifie l'article 1395 du Code judiciaire pour étendre la compétence matérielle du *juge des saisies* à « *toutes les demandes qui ont trait à des sûretés réelles mobilières et au registre des gages* », sauf pour la réalisation du gage lorsque le constituant est un *consommateur*. Cette extension est justifiée par le fait que le « *juge des saisies* [est le] *juge naturel de l'exécution* » (Rapport Chambre I, p. 6 ; avis du Conseil d'Etat n° 51.680/2/V du 27 août 2012, p. 119). Cette extension de compétence ne vise pas la réalisation de *gage* constituée par des *consommateurs*, le tribunal de première instance demeurant compétent (*Exposé des motifs*, p. 77 ; *adde* : avis du Conseil d'Etat n° 51.680/2/V du 27 août 2012, p. 119).

L'article 4 lie l'entrée en vigueur de la loi du 24 juin 2013 à celle de la loi du 11 juillet 2013 (*confer infra*, nos 143 et 147).

18. *Mon. b.*, 2 août 2013, p. 48463.

19. La loi du 11 juillet 2013 entend d'ailleurs « [remettre] à l'honneur [le] Code civil » (*Exposé des motifs*, p. 10).

20. *Confer infra*, n° 17. Voy. cependant la question particulière de la réalisation *infra*, n° 66.

21. Voy. à ce sujet Rapport Sénat, p. 25, dernier alinéa.

22. Ce titre XVII comportait les art. 2071 à 2091 du Code civil et était intitulé « *Du nantissement* ». Ce titre, après deux articles introductifs définissant les termes *nantissement*, *gage* et *antichrèse*, contenait deux chapitres.

– Chapitre premier. Du gage (art. 2073 à 2084)

– Chapitre II. De l'antichrèse (art. 2085 à 2091).

Sur la suppression de l'antichrèse, voy. *Exposé des motifs*, p. 74 et Rapport Chambre I, p. 13. En France, l'antichrèse a été renommée *gage immobilier* (voy. M. CABRILLAC, Chr. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PÉTEL, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, p. 423, n° 573 ; *adde* : pp. 705 et s., nos 940 et s.).

Le terme *nantissement* disparaît également. En droit français, le terme *nantissement* a survécu à la réforme de 2006 « *Le nantissement est l'affectation, en garantie d'une obligation, d'un bien meuble incorporel ou d'un ensemble de biens meubles incorporels, présents ou futurs.* » (C. civ. fr., art. 2355, al. 1^{er}). Voy. *ibid.*, pp. 422-425, nos 573-574).

23. Cette question a été longuement débattue au Sénat en raison des commentaires faits à ce sujet par le Conseil d'Etat (avis du Conseil d'Etat n° 51.680/2/V du 27 août 2012, p. 123) et le service d'évaluation de la législation. Voy. Rapport Sénat, pp. 4-5, 8-9, 10-11 et 23-24. *Adde* : *Exposé des motifs*, p. 34 ; Rapport Chambre I, p. 15.

Section 2. Choix rédactionnel et légistique

§ 1. Le Code Napoléon comme modèle rédactionnel

9. Sous l'impulsion du professeur E. DIRIX, et bien que les intervenants successifs se soient inspirés de sources parfois très élaborées, la législation nouvelle s'inscrit dans le style concis des dispositions historiques du Code civil¹⁹.

Ce n'est pas à dire que les auteurs se seraient fixés pour limite d'énoncer de grands principes qu'il appartiendrait à la pratique de mettre en œuvre et, au besoin, de compléter concrètement sous la direction, au début forcément tâtonnante, de la jurisprudence²⁰.

On comprend cependant le choix rédactionnel de concision dans cette matière où le détail appelle le détail avec le risque d'aboutir, en définitive, à force de vouloir tout prévoir explicitement, à des textes illisibles²¹.

§ 2. Une insertion dans le Code civil avec une numérotation autonome

10. Sur le plan légistique, le législateur aurait pu procéder à une abrogation en bloc du titre XVII du livre III du Code civil²² en le remplaçant par un bloc nouveau dont la numérotation aurait d'ailleurs pu s'insérer dans la continuité de la numérotation des articles du Code civil.

Ce n'est pas le choix qu'a opéré le législateur.

Le législateur a préféré procéder à une curieuse partie de mikado²³, retirant les dispositions anciennes pour ainsi dire

une à une²⁴. Les nouvelles dispositions ont reçu une numérotation autonome (art. 1 à 76) au sein du titre XVII du livre III du Code civil renommé comme suit « *Des sûretés réelles mobilières* »²⁵ (cité ci-après C. civ., L. III, t. XVII, art. ...).

11. L'intitulé nouveau de ce titre n'est pas dénué d'ambiguïté :

- il ne régit pas toutes les *sûretés réelles mobilières*, puisque les *privileges mobiliers*, qui sont aussi des *sûretés réelles*²⁶, sont régis par la loi hypothécaire ;
- il ne traite pas uniquement de *sûretés réelles mobilières conventionnelles* ; il y est question du *droit de rétention*²⁷ ; or « *le rétenteur n'est pas un créancier gagiste (aucune convention n'est conclue) ; il acquiert seulement le même type de droit préférentiel* »²⁸ ;
- il ne traite pas de **toutes** les *sûretés réelles mobilières conventionnelles* ; il sera par exemple toujours possible de procéder à un endossement de facture à titre pignoratif²⁹.

12. Le titre XVII du livre III du Code civil comporte désormais trois chapitres

Chapitre 1^{er} – Le gage

Chapitre 2 – Réserve de propriété

Chapitre 3 – Droit de rétention

Même si ce procédé légistique est un peu compliqué, le résultat ultime est bien que l'ensemble des dispositions légales existantes sont abrogées et remplacées par un texte entièrement nouveau, étant entendu que certaines dispositions nouvelles sont recopiées ou inspirées de dispositions légales abrogées³⁰.

Section 3. Principes interprétatifs

§ 1. Lignes de force de la loi nouvelle

13. Les lignes de force de la loi nouvelle sont résumées de manière synthétique et suffisante en tout début d'*Exposé des motifs*³¹ : il s'agit de « *supprimer l'exigence de la dépossession en cas de gage, qui est dépassée, et [de] la remplacer par un régime de publicité fondé sur l'existence d'un registre* »³². Il s'agit « *également [de] simplifier et rendre plus cohérentes les règles applicables aux différentes sûretés réelles mobilières (gages, privilèges, réserve de propriété, droit de rétention)* »³³.

14. Ces objectifs, apparemment ciblés, requéraient-ils une réécriture totale des dispositions concernées du Code civil ?

Une fois admises les lignes de force précitées, la réponse ne pouvait être qu'affirmative. Certes, la *dépossession* n'est pas aussi « *dépassée* » que veut bien le dire l'*Exposé des motifs*³⁴. Il était cependant temps que le législateur se saisisse d'une réforme portant sur des textes qui n'avaient plus qu'un lointain rapport avec l'état actuel du droit des sûretés, dont la doctrine et la jurisprudence avaient balisé et accompagné l'évolution, sinon la métamorphose. Le libellé des articles 2071 à 2091 du Code civil n'était pour l'essentiel³⁵ conçu que pour la mise en gage – avec *dépossession* – d'une chose corporelle mobilière, hypothèse qui, de nos jours, est loin de constituer le *quod plerumque fit*. Une réécriture législative en profondeur était dès lors souhaitable.

15. La loi nouvelle repose sur la « *prémisse* » posant « *qu'un système efficace de sûretés est nécessaire pour une économie performante* »³⁶. « *[L] octroi de crédits est indissociable de la constitution de droits de sûreté. En améliorant*

²⁴ Par exemple, après avoir renommé le titre XVII du livre III du Code civil (*confer infra*, note infrapaginale n° 25) et abrogé les art. 2071 et 2072 (loi du 11 juillet 2013, art. 3), le législateur croit renommer le chapitre premier pour l'intituler « *Du gage* » (loi du 11 juillet 2013, art. 4) ; or c'est déjà à l'intitulé actuel de ce chapitre (en néerlandais cependant, « *Pand* » devient « *Pandrecht* » ; voy. Rapport Chambre I, p. 14 ; Rapport Sénat, p. 2). Ensuite, le législateur insère dans ce chapitre premier une section première intitulée « *Généralités* » dont il est dit qu'elle « *comport[e] les articles 2073 et 2074* » (loi du 11 juillet 2013, art. 5), ces articles étant remplacés ensuite par les art. 1^{er} et 2 nouveau du titre XVII du livre III (loi du 11 juillet 2013, art. 6 et 7). Mais le lecteur comprend plus loin que cette section première ne comprend pas que les art. 2073 et 2074 ; elle comprend également les articles 2075 à 2084, qui sont remplacés (et renumérotés) un à un jusqu'à épuisement du stock d'articles anciens du chapitre en question (loi du 11 juillet 2013, art. 8 à 17 ; C. civ., L. III, t. XVII, art. 3 à 12). Plus loin, le législateur recommencera ce petit jeu avec le chapitre II (C. civ., art. 2085 à 2091), anciennement consacré à l'*antichrèse* (loi du 11 juillet 2013, art. 80 et s.).

²⁵ Loi du 11 juillet 2013, art. 2.

²⁶ Voy. I. MOREAU-MARGRÈVE, *op. cit.*, p. 97 ; A.-M. STRANART, *Les sûretés*, *op. cit.*, p. 7, n° 4 ; F. T'KINT, *Sûretés*, *op. cit.*, p. 114, n° 206. J. VAN COMPENOLLE, « Les sûretés réelles en droit belge », in *Les sûretés*, Colloque de Bruxelles des 20 et 21 octobre 1983, Paris, Feduci, 1984, pp. 59-60, n° 5. *Contra* : E. DIRIX et R. DE CORTE, *op. cit.*, pp. 145-146, n° 216. Comp. Rapport Sénat, pp. 21-22 ; K. BYTTEBIER et K. HENDRICKX, *Voorrechten en hypotheeken in hoofdlijnen*, 2^e éd., Anvers-Apeldoorn, Maklu, 2005, pp. 373-374, n° 404.

²⁷ *Confer infra*, nos 131 et s.

²⁸ Rapport Sénat, pp. 20-21.

²⁹ Art. 13 à 16 de la loi du 25 octobre 1919 sur la mise en gage du fonds de commerce, l'escompte et le gage de la facture, ainsi que l'agrégation et l'expertise des fournitures faites directement à la consommation (voy. Rapport Sénat, p. 23). *Confer aussi infra*, note infrapaginale n° 53. Contrairement à ce qu'avance l'*Exposé des motifs* (p. 17), « *tous les autres types de gage existants* » ne sont donc pas supprimés.

³⁰ *Confer p. ex. infra*, nos 23, 29, 36, 38, 63, ...

³¹ Voy. aussi V. SAGAERT et R. JANSEN, « Overzicht van rechtspraak. Zakelijke zekerheden (2004-2010) », *T.P.R.*, 2012, pp. 1227-1228, n° 2.

³² *Exposé des motifs*, p. 4. Voy. aussi Rapport Chambre I, p. 4.

³³ *Exposé des motifs*, p. 4. Voy. aussi Rapport Chambre I, p. 5.

³⁴ *Confer infra*, n° 20.

³⁵ Nonobstant les art. 2075 et 2081 du Code civil.

³⁶ *Exposé des motifs*, p. 6.

l'efficacité de ces derniers, l'on réduit le coût du crédit et l'on favorise donc la croissance économique »³⁷.

Le débat sur l'utilité économique des sûretés est cependant loin d'être clos³⁸. A ce jour, en effet, l'affirmation de cette utilité tient plus de l'acte de foi³⁹ que de l'acte de raison. L'*Exposé des motifs* s'interroge d'ailleurs : « [n]aturellement, on peut imaginer un système d'égalité parfaite entre les créanciers et le crédit sans sûreté. La question est toutefois de savoir à quel prix le crédit sera accordé en pareil cas »⁴⁰. On peut à tout le moins formuler l'hypothèse que, nécessairement, le marché de l'offre et de la demande de crédit finirait par trouver son point d'équilibre, même sans mécanismes de sûretés.

§ 2. Principes interprétatifs

16. Plus personne aujourd'hui n'ignore cette disposition insolite qu'est l'article 7 de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises : « *Sauf lorsqu'une modification ou une dérogation résulte d'un texte exprès de la présente loi, celle-ci n'a pas pour objet de modifier des lois antérieures ni d'y apporter une dérogation.* »⁴¹.

Pour la nouvelle législation en matière de *sûretés réelles mobilières*, on peut, sans risquer de se tromper, énoncer la même règle⁴² tout en y apportant une nuance.

Non seulement – hélas (*confer supra*, n^{os} 2-3) – les auteurs de la loi ne sont pas sortis du rayon d'action qui leur avait été accordé (en substance le gage et les *sûretés réelles mobilières* apparentées)⁴³, mais, en outre – fort heureusement – ils n'ont pas eu la prétention de réinventer la roue. Sous l'impulsion du professeur E. DIRIX, l'influence du droit comparé a été considérable⁴⁴ et chaque disposition légale a une histoire spécifique, reflétée dans l'*Exposé des motifs*, dont il faudra tenir compte en cas de difficulté d'interprétation.

Pour bien comprendre la façon dont a travaillé le Groupe d'experts (*confer supra*, n^o 4), on retiendra que ceux-ci

avaient en permanence sous les yeux les dispositions pertinentes du *projet de cadre commun de référence (CCR)*⁴⁵, du *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties*⁴⁶ et des Codes civils français et néerlandais⁴⁷, sans négliger les autres sources mentionnées dans l'*Exposé des motifs*⁴⁸.

17. Si quelqu'un doutait de la volonté du législateur de baliser autant que faire se peut le travail interprétatif de la loi nouvelle, il lui suffirait de se reporter à l'*Exposé des motifs* :

« ... *l'objectif formel est de parvenir à un droit des sûretés efficace, flexible et prévisible, afin de favoriser l'octroi de crédit pour renforcer notre économie. Les dispositions doivent dès lors être interprétées dans cette perspective. (...) L'activisme judiciaire, qui est fréquemment dicté par des motifs irrationnels, n'est pas compatible avec cet objectif. (...) il ne faut pas que des réflexions relevant de dogmes juridiques entravent la recherche de solutions efficaces* »⁴⁹.

Chaque fois qu'il y aura lieu d'interpréter la loi nouvelle, il faudra donc garder à l'esprit qu'il s'agit d'une loi technique, rédigée au départ de sources élaborées. Il conviendra de se dispenser de tout mode d'interprétation onirique, fondée sur d'évanescents principes généraux ou sur une ductile volonté implicite du législateur. La seule façon correcte d'interpréter la loi sera de retourner aux sources de celle-ci.

18. Certes, outre les sources d'inspiration techniques qui viennent d'être évoquées, l'*Exposé des motifs* paraît poser lui-même quelques principes dont il conviendrait de tenir compte. Ainsi, il se propose d'assurer un « *assainissement* » du système des *privilèges mobiliers*, dans l'espoir « *d'augmenter le taux de récupération des créanciers ordinaires (créanciers chirographaires) en cas de faillite et autres procédures collectives* »⁵⁰.

Cet aspect du projet est cependant resté un vœu pieu, les deux seuls *privilèges* effectivement abrogés étant les *privilèges spéciaux organisés*, d'une part, par l'article 20, 2^o, de la

³⁷. Rapport Chambre I, p. 4.

³⁸. L'*Exposé des motifs*, p. 6, renvoie à E. DIRIX et R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, dans la série *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, XII, Malines, Wolters Kluwer Belgium, 2006, pp. 260-261, n^o 397.

³⁹. Voy. E. DIRIX et R. DE CORTE, *op. cit.*, p. 261, n^o 397, note infrapaginale n^o 82 où les auteurs évoquent, concernant la philosophie qui avait présidé à l'adoption de la loi relative aux sûretés financières, un *acte de foi* (« *geloofsbelijdenis* »).

⁴⁰. *Exposé des motifs*, pp. 6-7.

⁴¹. Voy. Cass., 30 juin 2011, *R.D.C.*, 2011, 894, note A. VAN HOE.

⁴². Ainsi, la loi du 11 juillet 2013 – sous réserve de deux corrections légistiques (art. 97) – « *ne touche ... pas à la loi sur les sûretés financières* » (*Exposé des motifs*, p. 10), aussi absurde cela soit-il.

⁴³. Sous la seule réserve, anecdotique, de l'abrogation de deux *privilèges* (*confer infra*, n^o 18), d'une modification formelle – imposée par la cohérence légistique – des art. 23 et 25 de la loi hypothécaire relatifs au rang de certains *privilèges* (*confer infra*, n^o 77) et d'une retouche aux *favours discutables* que le législateur a voulu faire aux sous-traitants (*confer infra*, n^{os} 138 et s.).

⁴⁴. *Exposé des motifs*, p. 11.

⁴⁵. *Principles, definitions and model rules of European private law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)* (Dir. Chr. VON BAR et E. CLIVE), Munich, Sellier, 2009, 6563 p.

⁴⁶. *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties, Terminologie et recommandations*, Publication des Nations Unies, Vienne, 2010, 132 p. *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties*, Publication des Nations Unies, New York, 2011, 596 p.

⁴⁷. Voy. Rapport Chambre I, p. 5.

⁴⁸. Voy. not. *Exposé des motifs*, pp. 11-12.

⁴⁹. *Exposé des motifs*, pp. 9-10.

⁵⁰. *Exposé des motifs*, p. 7. Voy. aussi : D. LECHEN, *op. cit.*, p. 3, n^o 3 (i) et pp. 11-12, n^o 6.

loi hypothécaire pour sûreté des « *sommes dues pour les semences ou pour les frais de la récolte de l'année* »⁵¹ et, d'autre part, le *privilege* de l'hôtelier organisé par l'article 20, 6°, de la loi hypothécaire (loi du 11 juillet 2013, art. 100).

L'essentiel des autres dispositions abrogatoires concerne uniquement les *sûretés réelles mobilières* conventionnelles.

Sont ainsi abrogées (i) les dispositions du Code de commerce relatives au gage commercial (loi du 11 juillet 2013, art. 102)⁵², (ii) la loi du 18 novembre 1862 portant institution du système des warrants (loi du 11 juillet 2013, art. 103)⁵³, (iii) la loi du 15 avril 1884 sur les prêts agricoles (loi du 11 juillet 2013, art. 104) et les dispositions de la loi du 25 octobre 1919 relatives à la mise en gage du fonds de commerce (loi du 11 juillet 2013, art. 105)⁵⁴.

CHAPITRE II. LE GAGE

Section 1. L'abrogation de la *dépossession* comme élément constitutif du contrat de gage et retour du refoulé – Le gage étalon

§ 1. Le rôle de la (dé)possession

19. Le chapitre 1^{er} du nouveau titre XVII du livre III du Code civil, est intitulé *Des sûretés réelles mobilières* et est structuré de la façon suivante

- Section 1^{ère}. Généralités
- Section 2. Publicité
- Section 3. Opposabilité par *dépossession* de biens corporels
- Section 4. Réalisation
- Section 5. Conflits de rang
- Section 6. Gage en espèces
- Section 7. Opposabilité par *dépossession* de créance⁵⁵.

Le législateur présente donc le nouveau régime comme si le gage était une institution univoque, organisée par les sections 1, 2, 4 et 5, avec une particularité, sous l'angle de l'opposabilité, pour certains types d'assiettes (*meubles corporels* et *créances*).

20. On peut aussi voir les choses différemment.

En réalité, le législateur a organisé un régime dual⁵⁶.

Pour tous les biens meubles ou ensembles de biens meubles – corporels ou incorporels – généralement quelconques⁵⁷, il existe une possibilité commune de *sûreté réelle mobilière* conventionnelle sans *dépossession*. Cette institution est nommée *gage de registre*⁵⁸ (ci-après, section 2). L'absence de *dépossession* est consubstantielle à cette institution : l'article 22, alinéa 1^{er}, C. civ., L. III, t. XVII, dispose en effet que « [l]a clause en vertu de laquelle le créancier gagiste peut se faire remettre tout ou partie des biens grevés sur sa simple demande est réputée non écrite. »⁵⁹.

Pour trois types d'assiettes spécifiques (*biens meubles cor-*

51. Sur ce *privilege*, voy. e.a. V. SAGAERT et R. JANSEN, *op. cit.*, T.P.R., 2012, pp. 1315-1316, n° 112.

52. *Confer* cependant *infra*, note infrapaginale n° 54.

53. La loi nouvelle n'abroge pas la loi du 5 mai 1958 favorisant le financement des stocks des charbonnages : projet de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières et abrogeant diverses dispositions en cette matière, rapport fait au nom de la commission de la justice par Mme C. VAN CAUTER, *Doc. parl.*, Chambre, 2012-2013, n° 53-2463/011, p. 13 (cité ci-après, Rapport Chambre II, p. ...). Voy. aussi Rapport Sénat, p. 23. La loi précitée du 5 mai 1958 est cependant sérieusement amputée. Son art. 6 dispose : « Art. 6. Les articles 13 à 17, 20, 21, § 1, 23, 24 et 25 de la loi du 18 novembre 1862 portant institution du système des warrants sont applicables au warrant charbonnier. » Or la loi en question du 18 septembre 1862 est abrogée sans réserve par la loi du 24 juin 2013, art. 103. L'auteur soussigné n'est pas sans reproche à cet égard puisque c'est lui qui avait attiré l'attention du Groupe d'experts (*confer supra*, n° 4) sur l'opportunité d'abroger la législation sur les warrants.

54. On observera que l'art. 101 de la loi du 11 juillet 2013 abroge l'art. 588, 3°, du Code judiciaire en vertu duquel : « [l]e président du tribunal de commerce saisi par voie de requête statue sur (...) 3° les demandes formulées en vertu des articles 11, § 3, 12, § 4 et 24, § 1^{er}, de la loi du 12 novembre 1862 portant institution du système des warrants », mais que n'est pas abrogée la disposition similaire contenue au 4° de la même disposition légale, applicable au *gage commercial* et, par ricochet, au *gage sur fonds de commerce*. Il ne s'agit pas d'un oubli. La procédure de réalisation du *gage commercial* est aussi applicable « au gage assurant le *privilege* légal des commissionnaires ou de leurs bailleurs de fonds » (loi 5 mai 1872 portant révision des dispositions du Code de commerce relatives au gage et à la commission, art. 11). Pour cette raison, l'art. 102 de la loi du 11 juillet 2013 abroge « [d]ans le livre premier du Code de commerce, les articles 1^{er} à 10 du titre VI, modifié par la loi du 5 mai 1872, (...) *sauf dans la mesure nécessaire à l'application de l'article 11 du même titre* » (voy. *Exposé des motifs*, p. 74 et avis du Conseil d'Etat n° 51.680/2/V du 27 août 2012, p. 123). Le législateur a donc opté pour un maintien de cette compétence spécifique dans le giron du président du tribunal de commerce. Sur le *privilege* du commissionnaire, voy. récemment V. SAGAERT et R. JANSEN, *op. cit.*, T.P.R., 2012, pp. 1357-1359, n°s 164-167.

55. Sur cet intitulé, voy. Rapport Sénat, p. 26.

56. On regrettera d'ailleurs que le législateur ait laissé passer l'occasion de remplacer le mot *gage* « par un terme générique 'droit de sûreté', à l'instar du DCFR ou de l'UCC ». En effet, « il faut bien se rendre compte que le concept est fondamentalement modifié » (*Exposé des motifs*, p. 17).

57. *Exposé des motifs*, pp. 17 et 19-20. « Toutefois, dès lors que le gage porte sur un ensemble de biens, il est requis que cet ensemble soit suffisamment déterminé. » (*ibid.*, p. 19 ; *adde* : *ibid.*, pp. 36-37).

58. Il s'agit de la traduction littérale du mot néerlandais « *registerpand(recht)* ». Même si le concept français n'est guère euphonique, il a le mérite de dire clairement ce qu'il veut dire et est d'ailleurs utilisé à plusieurs reprises dans l'*Exposé des motifs* (pp. 14, 33, 46, 54 et 64).

59. *Confer infra*, n° 25.

poels, espèces et créances), le législateur a **en outre** conservé le bon vieux *gage avec dépossession*⁶⁰ (ci-après, section 3), qui est certes formellement délesté de la qualification de *contrat réel* mais qui a gardé ses bonnes vieilles apories⁶¹, lesquelles sont sans gravité pratique dès lors qu'elles sont bien comprises et assimilées.

Le seul point de contact problématique entre les deux types de *gage* gît dans la question du rang. Et celle-ci se trouve réglée de façon pratique par l'article 57, alinéa 2, C. civ., L. III, t. XVII : « *S'il y a plusieurs créanciers gagistes, leur ordre de rang est déterminé selon la date de l'enregistrement ou de la prise en possession.* »

21. La *possession* ne disparaît d'ailleurs pas totalement de la loi, même en cas de *gage de registre*. En effet, « [a]près défaillance du débiteur, le créancier gagiste a droit à la possession du bien grevé du gage » (C. civ., L. III, t. XVII, art. 47, al. 2, 1^{ère} phrase).

Pour assurer cette *mise en possession* face à un *constituant* récalcitrant, le droit des saisies n'était pas approprié⁶². Il ne pouvait s'agir d'une saisie conservatoire, la *mise en possession* étant une mesure d'exécution bien plus que de conservation. Contraindre le bénéficiaire à se procurer d'abord un titre exécutoire était contraire à l'esprit même de l'institution⁶³: dans la loi nouvelle, le créancier-gagiste peut procéder immédiatement à la réalisation de l'assiette de la sûreté sur la seule base de l'acte qui l'a constituée, un détour par le juge ne s'imposant que si l'huissier de justice instrumentant se heurte à une résistance de la part du *constituant du gage*.

Le législateur a dès lors opté pour une procédure *sui generis* (C. civ., L. III, t. XVII, art. 54), qui est au demeurant la pro-

cedure de droit commun pour tout ce qui constitue l'exécution d'un gage constitué par une personne autre qu'un *consommateur*⁶⁴: le bénéficiaire du gage saisit le *juge des saisies* par citation⁶⁵ ou requête contradictoire⁶⁶ et celui-ci statue au provisoire, toutes affaires cessantes, sa décision n'étant susceptible ni d'appel, d'opposition⁶⁷ et la notification de cette décision faisant courir le délai pour introduire un pourvoi en cassation⁶⁸. A ce stade, le *juge des saisies* statue dans les mêmes conditions qu'un *juge des référés*, alors que, dans le cadre du contrôle judiciaire *a posteriori* (confer *infra*, nos 85 et suivants), le *juge des saisies* statuera en qualité de juge du fond.

§ 2. Le gage étalon

22. Le gage se voit confirmer la qualité de *sûreté réelle étalon*. Toute tentative de création de *sûreté réelle mobilière* nouvelle, spécialement fondée sur le droit de propriété⁶⁹, se verra confinée à un droit de gage : « [L]a propriété sûreté ne peut jamais donner au 'créancier propriétaire' plus qu'un droit de sûreté. Cela signifie notamment que la propriété pour sûreté ne peut pas constituer une source d'enrichissement pour le créancier. »⁷⁰. L'*Exposé des motifs* ajoute plus loin que les « figures de sûreté analogues doivent avoir les mêmes effets juridiques, indépendamment de leurs différences conceptuelles »⁷¹.

L'article 62 C. civ., L. III, t. XVII, dispose ainsi, en matière de « [c]ession fiduciaire à titre de sûreté » « Une cession de créance à titre de sûreté confère uniquement au cessionnaire un gage sur la créance cédée. »

^{60.} « L'ancien gage avec dépossession subsiste toutefois. » (*Exposé des motifs*, p. 17). Adde : *ibid.*, pp. 24 et 53-54. Les dispositions du *gage de registre* ne s'appliquent d'ailleurs au *gage avec dépossession* que « par analogie », lorsqu'il n'y est pas dérogé dans le cadre des dispositions relatives au *gage avec dépossession* (*ibid.*, p. 54).

^{61.} Il est discutable de parler de *gage* à propos de choses par définition – en principe – fongibles comme les espèces (voy. M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière* ..., *op. cit.*, pp. 437-438, n° 1026). Quel sens cela a-t-il de parler de *dépossession* quand on parle d'une créance ? (voy. F. T'KINT, « L'engagement des créances », in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 284-285, n° 2).

^{62.} Voy. cependant avis du Conseil d'Etat n° 51.680/2/V du 27 août 2012, p. 114.

^{63.} Même si cette possibilité reste ouverte (confer *infra*, n° 70).

^{64.} Confer *infra*, n° 63.

^{65.} Art. 700-705 C. jud.

^{66.} Art. 1034bis-1034sexies C. jud.

^{67.} La tierce opposition, n'étant pas exclue, reste quant à elle possible ; *Exposé des motifs*, p. 61. Voy. *mutatis mutandis* : Cass., 16 mai 1991, *Pas.*, 1991, n° 478, p. 810.

^{68.} Ce délai est le délai ordinaire de trois mois en l'absence de disposition légale dérogatoire (art. 1073 c. jud.). Il est dommage que le législateur n'ait pas adapté en conséquence l'art. 792 du Code judiciaire. Toutefois, si les greffes des saisies ne devaient pas spontanément, dans la notification, faire mention des voies de recours, du délai dans lequel ce ou ces recours, doivent être introduits ainsi que de la dénomination et de l'adresse de la juridiction compétente pour en connaître, la Cour constitutionnelle comblerait opportunément cette lacune à la première occasion.

^{69.} Sur la question de la cession d'un bien à titre de garantie, voy. E. DIRIX et R. DE CORTE, *op. cit.*, pp. 434-441, nos 619-627; M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière* ..., *op. cit.*, pp. 693-716, nos 1637-1681 ; F. T'KINT, *op. cit.*, pp. 162-163, nos 303-307 ; V. SAGAERT et R. JANSSEN, *op. cit.*, *T.P.R.*, 2012, pp. 1379-1382, nos 200-203. Sur le rôle de la propriété comme sûreté, voy. V. SAGAERT, « Het eigendomsrecht als volwaardig zekerheidsinstrument », in *Insolventierecht 2004-2005, XXXI^e Cycle Postuniversitaire Willy Delva*, Malines, Wolters Kluwer Belgium, 2006, pp. 191-230.

^{70.} *Exposé des motifs*, p. 8.

^{71.} *Exposé des motifs*, p. 10.

Ce disant, le législateur s'approprie l'enseignement de l'arrêt rendu le 3 décembre 2010 par la Cour de cassation⁷².

Section 2. Le gage de registre

§ 1. Le gage comme sûreté réelle conventionnelle

23. L'article 1^{er} C. civ., L. III, t. XVII, qui n'est que la réécriture de l'article 2073, ancien du Code civil, dispose « Article 1^{er}. Finalité⁷³. Le gage confère au créancier-gagiste le droit d'être payé sur les biens qui en font l'objet, par préférence aux autres créanciers ».

Le législateur (C. civ., L. III, t. XVII, art. 100, b)) abroge l'article 20, 3^o, de la loi hypothécaire qui mentionnait le gage parmi les divers types de *privileges* spéciaux sur meubles⁷⁴.

§ 2. Constitution du gage

1^o Un contrat en principe consensuel, exceptionnellement solennel⁷⁵

24. En règle, « le gage est constitué par la convention conclue entre le constituant du gage et le créancier-gagiste » (C. civ., L. III, t. XVII, art. 2).

C'est là la modification majeure introduite par la loi nouvelle, dont découlent toutes les autres : une fois que sera entrée en vigueur la loi nouvelle, le *gage de registre*, quel que soit son objet et quelle que soit la nature de la *créance garantie*, cessera d'être un *contrat réel*, c'est-à-dire un contrat ne se formant que par la remise matérielle de la chose qui en est l'objet pour rejoindre la catégorie générale des *contrats consensuels*.

25. Le législateur n'a pas même voulu tolérer que le *créancier gagiste* puisse exiger, *a posteriori*, la délivrance des

biens grevés, fût-ce à titre de sanction d'un manquement contractuel (C. civ., L. III, t. XVII, art. 22, al. 1^{er}, cité *supra*, n^o 20).

Nous nous trouvons ici dans un tout autre ordre d'idée que celui qui présidait à l'article 2078, alinéa 2, du Code civil⁷⁶.

En effet, dans le cadre de la loi nouvelle, par l'interdiction faite au *créancier gagiste* d'exiger la *dépossession* du *constituant*, le législateur n'entend nullement sanctionner le *pacte comissoire exprès*.

Sous réserve de ce qui sera dit ci-après du *gage avec dépossession* (section 3), le législateur a, à tort ou à raison, considéré cette *dépossession* comme un archaïsme qu'il ne convient pas d'encourager. Si le *créancier gagiste* estime que le *constituant* du *gage de registre* manque gravement à ses obligations – c'est-à-dire celles relatives aux *biens grevés*, à l'exclusion de celles relatives à la *créance garantie*⁷⁷ – il appartiendra au *créancier gagiste* de s'adresser au *juge des saisies* (art. 1395, al. 3, nouveau C. jud.⁷⁸) pour obtenir soit d'être mis en *possession* des *biens grevés*, soit que ceux-ci soient placés sous *séquestre judiciaire*.

D'après les travaux préparatoires, les parties peuvent contractuellement « définir dans leur convention les cas qui doivent être considérés comme un 'manquement grave' » justifiant l'autorisation de l'envoi en possession⁷⁹. Sauf à dénaturer totalement l'article 22 C. civ., L. III, t. XVII, il n'en reste pas moins que le *juge des saisies* devra vérifier non seulement si le *constituant du gage* a effectivement commis un *manquement grave* contractuellement défini mais, également, si ce *manquement grave* est effectivement de nature à porter préjudice aux intérêts légitimes du bénéficiaire de la sûreté.

26. Si le législateur tourne résolument le dos au gage comme *contrat réel*, on notera que par contre, « [s]i le constituant du gage est un consommateur au sens de l'article 2, 3^o, de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché

⁷² Cass., 3 décembre 2010, R.G. n^o C.09.0459.N, *Pas.*, 2010/12, n^o 712, p. 3094 ; *Arr. Cass.*, 2010/12, p. 2884, n^o 712, avec les conclusions contraire de M. l'av. gén. G. DUBRULLE ; *Dr. banc. fin.*, 2011/2, p. 120, note I. PEETERS ; *N.J.W.*, 2010, p. 834, n^o 233, avec les conclusions contraire de M. l'av. gén. G. DUBRULLE, note V. SAGAERT ; *R.W.*, 2010-11, n^o 28, p. 1177, note R. FRANSIS ; *R.G.D.C.*, 2011/10, p. 497, note Fr. GEORGES ; *R.D.C.*, 2011, liv. 9, note M. GRÉGOIRE et L. CZUPPER. Voy. aussi E. DIRIX, « De zekerheidsoverdracht van schuldvorderingen herbezocht », in *Liber spei et amicitiae*, Gand, Larcier, 2011, pp. 305-314. Comp. Cass., 26 juillet 1872, *Pas.*, 1872, I, p. 452, avec les conclusions de M. le procureur général Ch. MESDACH DE TER KIELE, alors avocat général, où, à propos d'une vente à réméré suspectée de couvrir un prêt avec nantissement d'obligations, la Cour juge que « l'opération, eût-elle eu pour but de donner des sûretés à [l']acheteur-revendeur/pseudo-prêteur, a conservé son caractère d'aliénation et ne peut dès lors être soumise aux formalités particulières au contrat de nantissement » ; voy. I. PEETERS, « Een verdere stap naar een coherent juridisch kader voor de fiduciaire eigendom tot zekerheid », note sous Cass., 4 avril 2003, *Dr. banc. fin.*, 2003/VI, pp. 377-380.

⁷³ On notera une autre particularité législative : chaque article du titre XVII du livre III du Code civil a reçu son propre intitulé.

⁷⁴ Sur les implications de cette abrogation, *confer infra*, n^o 77. Voy. aussi Rapport Sénat, p. 22 : « Il est évident que le gage est aussi un privilège. En effet, il correspond à la définition du privilège que donne l'article 12 de la loi hypothécaire : un droit donnant la priorité par rapport aux autres créanciers. Cependant, le gage est bien plus qu'un simple privilège. »

⁷⁵ Sur la distinction *contrat consensuel, solennel ou réel*, voy. P. Van Ommeslaghe, *Les obligations*, in De Page, *Traité de droit civil belge*, t. II, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 145-146, n^o 67. Comp. Fr. Laurent, *Principes de droit civil*, t. XV, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1878, pp. 501-507, n^{os} 445-449.

⁷⁶ « Toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer sans les formalités ci-dessus, est nulle. » Voy. M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière ...*, pp. 457-459, n^{os} 1097-1098 ; F. T'KINT, *Sûretés, op. cit.*, pp. 154-155, n^{os} 293-294.

⁷⁷ Dans ce cas, si les conditions en sont réunies, il devra poursuivre l'exécution de la sûreté.

⁷⁸ Loi du 24 juin 2013, art. 3. Cité *infra*, note infrapaginale n^o 135. *Confer* aussi *supra*, note infrapaginale n^o 17.

⁷⁹ *Exposé des motifs*, p. 45.

et à la protection du consommateur⁸⁰, **la validité de la convention requiert qu'un écrit soit rédigé, selon le cas, conformément au prescrit de l'article 1325 ou de l'article 1326** » (C. civ., L. III, t. XVII, art. 2 *juncto*, art. 4, al. 2).

Même si cette disposition est reprise sous l'intitulé général de l'article 4 « *Preuve* », l'écrit en question est bel et bien une *solennité* sans le respect de laquelle le gage ne peut venir à existence. Qu'il s'agisse d'une *solennité* et non pas simplement d'une *formalité probatoire*, est confirmé par les mots « [s]ous réserve de l'article 4, alinéa 2 », par lesquels commence l'article 2 C. civ., L. III, t. XVII, précité⁸¹.

2° Dissociation entre le titulaire du droit de sûreté et le titulaire de la créance garantie

27. La loi nouvelle permet une dissociation jugée souhaitable entre le titulaire du droit de sûreté et celui de la *créance garantie* : « on a besoin dans la pratique de pouvoir détenir des droits de sûretés pour le compte d'un tiers (par exemple, un groupe variable de prêteurs). Le droit anglais résout ce problème par le security trust (fiducie sûreté), dans le cadre duquel un trustee (fidéicommissaire) détient et exerce les droits de sûreté pour le compte des financiers. Une telle fiducie sûretés simplifie la constitution du droit de sûreté tout en permettant également un changement de créanciers sans perte du droit de sûreté ou du rang, et permet également la centralisation de droits de recouvrement et de réalisation »⁸².

Le législateur réalise cet objectif à l'article 3, intitulé « *Représentation* », C. civ., L. III, t. XVII⁸³ : « Une convention de gage conclue par un représentant agissant pour le compte d'un ou de plusieurs bénéficiaires est valable et opposable aux tiers lorsque l'identité des bénéficiaires est déterminable au moyen de la convention. Tous les droits en découlant profitent au patrimoine de ces bénéficiaires. »⁸⁴.

⁸⁰. « (...) on entend par (...) 3° consommateur : toute personne physique qui acquiert ou utilise à des fins excluant tout caractère professionnel des produits mis sur le marché » (art. 2, 3°, de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur).

⁸¹. Les travaux préparatoires confirment cette interprétation : *Exposé des motifs*, pp. 19 et 35 ; avis du Conseil d'Etat n° 51.680/2/V du 27 août 2012, pp. 111-112.

⁸². *Exposé des motifs*, p. 9.

⁸³. Même s'il n'est pas certain que la notion de *fiducie-sûreté*, utilisée dans les travaux préparatoires précités, traduise adéquatement ce qu'a, en définitive, réalisé le législateur par cette disposition légale nouvelle. Sur la *fiducie-sûreté*, voy. p. ex. F. T'KINT, « La fiducie-sûreté », in *Le trust et la fiducie, Implications pratiques* (dirs. J. HERBOTS et D. PHILIPPE), Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 247-260 ; A. VERBEKE, « De eigendomsoverdracht tot zekerheid. Een genuanceerd beel », in *De trust en de fiduciaire overeenkomst, Praktische Implicaties* (dirs. J. HERBOTS et D. PHILIPPE), Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 327-336.

⁸⁴. Le deuxième alinéa de cette disposition légale poursuit en ces termes : « Le représentant peut exercer tous les droits qui reviennent normalement au créancier gagiste. Il est, sauf convention contraire, responsable solidairement avec le bénéficiaire. »

⁸⁵. Et quelle que soit la cause de la cession. Il peut donc s'agir d'une cession à titre onéreux ou à titre gratuit, d'une cession par subrogation ou de la constitution d'un usufruit (*Exposé des motifs*, p. 45).

⁸⁶. A moins que les biens grevés n'aient été remis au créancier, ou à un tiers, au moment de la constitution du gage, auquel cas la sûreté ne sera transmise qu'au moment de la transmission des biens. Sur le *registre des gages*, *confer infra*, n° 48 et s. Sur l'enregistrement de la cession, *confer infra*, n° 55.

C. civ., art. 2077.

⁸⁷. *Exposé des motifs*, p. 36. Sur cette notion voy. E. DIRIX et R. DE CORTE, *op. cit.*, pp. 298-300, n° 445 ; F. T'KINT, *Sûretés*, *op. cit.*, pp. 357-358, n° 718 ; V. SAGAERT et R. JANSSEN, *op. cit.*, T.P.R., 2012, p. 1387, n° 208.

⁸⁹. Comp. C. civ., art. 2021-2024.

⁹⁰. « Indien voor een zelfde vordering zowel goederen van de schuldenaar als van een derde zijn verpand of verhypothekend, kan de derde, wanneer de schuldeiser tot executie overgaat, verlangen dat die van de schuldenaar mede in de verkoop worden begrepen en het eerst worden verkocht. »

Cette disposition est directement inspirée de l'article 5 de la loi du 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières.

Cette reconnaissance du rôle du *représentant* implique que ce dernier a également tous les droits procéduraux qui sont ceux d'un *créancier gagiste* agissant en son nom propre et pour son propre compte.

28. Le gage n'en perd pas pour autant sa nature de droit réel *accessoire* : la sûreté suit le sort de la créance, spécialement lorsque celle-ci est cédée⁸⁵. En cas de cession partielle, la sûreté est transmise à due concurrence. La transmission de la sûreté ne sera opposable aux tiers qu'au moment de son inscription dans le *registre des gages*⁸⁶ (C. civ., L. III, t. XVII, art. 23).

3° Constitution par un tiers

29. Tout comme sous l'ancien droit⁸⁷, « [l]e gage peut être constitué par un tiers pour le débiteur » (C. civ., L. III, t. XVII, art. 5, al. 1^{er}). Il s'agit là d'une hypothèse de *caution réelle*⁸⁸.

30. Lorsque le gage est constitué tant de biens appartenant au débiteur que de biens appartenant au *tiers constituant*, celui-ci « peut exiger que les biens du débiteur soient réalisés en premier », à moins qu'il n'en ait été convenu autrement dans la convention de gage (C. civ., L. III, t. XVII, art. 5, al. 2).

Cette sorte de *bénéfice de discussion*⁸⁹ octroyé au *tiers constituant* est inspirée de l'article 234.1 du troisième livre du Code civil néerlandais⁹⁰.

Il y a cependant une double différence.

D'une part, dans le droit néerlandais, le droit du *tiers constituant* n'est pas inconditionnel mais ce tiers peut exprimer un désir (« *verlangen* ») sur lequel, le cas échéant, le juge pour-

rait être amené à se prononcer⁹¹. En droit belge, le droit du tiers constituant est, en principe, absolu.

D'autre part, précisément pour cette raison, le droit belge prévoit que la convention de gage peut organiser un régime dérogoire.

31. La constitution d'un gage par un tiers ne doit pas être confondue avec le gage constitué *a non domino*, lequel, en règle⁹², est nul à moins qu'« au moment de la conclusion de la convention, [le créancier gagiste] pouvait raisonnablement supposer que le constituant du gage disposait du pouvoir de donner en gage » (C. civ., L. III, t. XVII, art. 6). Pour les biens meubles corporels, il faudra ici se référer à l'article 2279 du Code civil.

§ 3. Preuve du gage

32. Si le gage est, en principe, un *contrat consensuel*, il n'en reste pas moins qu'un écrit est requis à des fins probatoires⁹³ « La mise en gage est prouvée par un écrit contenant la désignation précise des biens grevés du gage, des créances garanties et du montant maximum à concurrence duquel les créances sont garanties. » (C. civ., L. III, t. XVII, art. 4, al. 1^{er}). L'écrit en question pourra prendre la forme électronique⁹⁴.

33. On rappellera⁹⁵ que lorsque le constituant du gage est un consommateur, de formalité probatoire, la rédaction d'un écrit se transforme en *solennité*.

En outre, dans cette hypothèse, l'écrit en question doit mentionner « la valeur du bien gagé ou des biens gagés » (C. civ., L. III, t. XVII, art. 4, al. 3). En effet, dans le cas d'un constituant-consommateur, « la valeur du bien gagé ou des biens gagés ne peut excéder le double de l'étendue du gage ... » (C. civ., L. III, t. XVII, art. 7, al. 4).

§ 4. Créance garantie

34. La loi nouvelle confirme la possibilité de constituer un gage « pour sûreté d'une ou de plusieurs créances existantes ou futures si les créances garanties sont déterminées ou

déterminables » (C. civ., L. III, t. XVII, art. 10).

La même disposition légale requiert que la convention « mentionne le montant maximum à concurrence duquel les créances sont garanties ». Le texte vise ici le *negotium* et non l'*instrumentum*. La simple absence de mention de ce montant maximal dans l'écrit (éventuel) n'entraîne pas la nullité du gage.

35. La créance garantie comporte tant le principal que les accessoires (intérêts, clause pénale et coûts de réalisation) (C. civ., L. III, t. XVII, art. 12). Toutefois, lorsque le constituant du gage est un consommateur les « accessoires ne peuvent pas être supérieurs à 50% du principal ».

En cours de discussions parlementaires, le professeur DIRIX a précisé « que le contrat de gage doit indiquer le **montant maximum**⁹⁶, qui englobe à la fois le principal et les frais de la dette, ... – c'est-à-dire également les accessoires »⁹⁷.

36. Tout comme sous l'ancien droit, dont l'article 13 C. civ., L. III, t. XVII, reproduit la substance, « [l]e gage est indivisible nonobstant la divisibilité de la dette entre les ayants droit universels ou à titre universel du débiteur ou ceux du créancier »⁹⁸.

§ 5. L'assiette du gage

1° Tout bien mobilier ou ensemble de biens mobiliers

37. Tout bien mobilier ou ensemble de biens mobiliers, corporels ou incorporels, généralement quelconques peut faire l'objet d'un *gage de registre* (C. civ., L. III, t. XVII, art. 7, al. 1^{er})⁹⁹. Si, pour quelque raison que ce soit, les biens en question deviennent immeubles, cette immobilisation restera sans conséquence sur le droit de préférence du créancier bénéficiaire de la sûreté (C. civ., L. III, t. XVII, art. 19).

38. Seuls les biens qui sont dans le commerce peuvent faire l'objet d'un contrat de gage (C. civ., L. III, t. XVII, art. 7, al. 5). Cette règle figurait déjà à l'article 2071, alinéa 2, du Code civil¹⁰⁰.

⁹¹. Art. 234.3 C. civ. néerl.

⁹². Comp. art. 7, § 1^{er}, al. 2, de l'arrêté royal n° 62 coordonné relatif au dépôt d'instruments financiers fongibles et à la liquidation d'opérations sur ces instruments qui dispose : « Le constituant du gage [sur instruments financiers fongibles] est présumé être propriétaire des instruments financiers donnés en gage. La validité du gage n'est pas affectée par l'absence de droit de propriété du constituant du gage sur les instruments financiers remis en gage, sans préjudice de la responsabilité du constituant du gage à l'égard du véritable propriétaire des instruments financiers remis en gage. Si le constituant du gage a averti le créancier gagiste, au préalable et par écrit, qu'il n'est pas le propriétaire des instruments financiers donnés en gage, la validité du gage est subordonnée à l'autorisation du propriétaire de ces instruments financiers de les donner en gage. »

⁹³. Exposé des motifs, pp. 17-18.

⁹⁴. Rapport Sénat, p. 16.

⁹⁵. Confer supra, n° 26.

⁹⁶. C'est nous qui soulignons.

⁹⁷. Rapport Chambre I, p. 19.

⁹⁸. C. civ., art. 2083.

⁹⁹. En outre, « [s]auf convention contraire, le gage s'étend aux fruits produits par les biens grevés » (C. civ., L. III, t. XVII, art. 9, al. 2).

¹⁰⁰. L'art. 7, al. 6, C. civ., L. III, t. XVII, précise : « Les dispositions du présent chapitre ne sont applicables aux gages ayant pour objet des droits de propriété intellectuelle que dans la mesure où elles ne sont pas incompatibles avec d'autres dispositions régissant spécifiquement de tels gages. » ; voy. Rapport Sénat, pp. 12, 14 et 16. Voy. D. LECHEN, *op. cit.*, pp. 13-14, n°s 11-12.

39. A moins que les parties n'en conviennent autrement, « le gage ayant pour objet un fonds de commerce comprend l'ensemble des biens qui composent le fonds de commerce » et « le gage ayant pour objet une exploitation agricole comprend l'ensemble des biens qui servent à l'exploitation » (C. civ., L. III, t. XVII, art. 7, al. 2 et 3).

En tant qu'il porte sur un *fonds de commerce*, le gage de registre, contrairement au gage sur fonds de commerce du droit mourant, n'est plus réservé aux seuls établissements de crédit agréés¹⁰¹.

La loi nouvelle ne reprend pas l'article 2 de la loi du 25 octobre 1919 sur la mise en gage du fonds de commerce¹⁰². Il n'y a donc plus, dans la loi, de définition légale, même à titre illustratif, de la notion de *fonds de commerce*. On peut raisonnablement soutenir que cette notion correspond aujourd'hui pour l'essentiel, du moins en ce qui concerne les personnes morales, aux notions d'*universalité* ou de *branche d'activités* visées par les articles 678 et 679 du Code des sociétés¹⁰³.

On observera que la formulation de la loi ne laisse guère de possibilité au propriétaire d'un immeuble qui exploite dans celui-ci un fonds de commerce de constituer un gage sur ledit fonds, l'ensemble des éléments de celui-ci étant immobilisés par destination économique¹⁰⁴.

40. Dès lors que le gage ne requiert plus la *dépossession* du débiteur (ou du *tiers constituant*), le droit commun des contrats trouve à s'appliquer pleinement et, notamment, « [l]e gage peut avoir pour objet des biens futurs » (C. civ., L. III, t. XVII, art. 8), disposition légale redondante eu égard à l'article 1130, alinéa 1^{er}, du Code civil.

Lorsqu'il porte sur des biens futurs, le gage « est créé avant même que les biens existent réellement (...). [Il serait] erroné [de penser] que la sûreté réelle n'existe pas encore. Ce n'est

pas exact, le droit n'est tout simplement pas encore 'mûr' pour être exercé. (...) [U]ne convention de gage qui a pour objet des biens futurs peut (...) être enregistrée. (...) [D]u fait de l'enregistrement, cette sûreté réelle sera (...) opposable aux tiers »¹⁰⁵.

2° Droits et obligations du constituant du gage sur l'assiette de celui-ci

41. L'abandon de la *dépossession* comme élément constitutif du gage de registre fait reposer sur le *constituant du gage* l'obligation de veiller sur les biens en bon père de famille¹⁰⁶, le *créancier gagiste* ayant de son côté « le droit d'inspecter les biens grevés à tout moment » (C. civ., L. III, t. XVII, art. 16, al. 2).

42. Le *constituant du gage* conserve le droit d'utiliser les biens grevés « conformément à leur destination » (C. civ., L. III, t. XVII, art. 17). Il peut aussi en disposer librement « dans le cours normal de ses affaires » (C. civ., L. III, t. XVII, art. 21)¹⁰⁷. La loi nouvelle (C. civ., L. III, t. XVII, art. 9) confirme d'ailleurs l'applicabilité, en matière de gage, du principe général de la *subrogation réelle*¹⁰⁸.

En vertu de l'article 22, alinéa 3, C. civ., L. III, t. XVII, « [l]a disposition frauduleuse ou le déplacement frauduleux des biens grevés est passible des peines prévues par l'article 491 du Code pénal », c'est-à-dire les peines applicables en matière d'abus de confiance. Cette disposition est inspirée de l'article 8 de la loi du 25 octobre 1919 sur la mise en gage du fonds de commerce. On observera cependant que la loi nouvelle n'a pas repris l'article 8, alinéa 3, précité en vertu duquel « [t]outes les dispositions du livre 1^{er} du Code pénal¹⁰⁹, sans exception du chapitre VII¹¹⁰ et de l'article 85¹¹¹, sont applicables à cette infraction »¹¹².

¹⁰¹. Exposé des motifs, pp. 18 et 75.

¹⁰². « Art. 2. Le gage comprend l'ensemble des valeurs qui composent le fonds de commerce et notamment la clientèle, l'enseigne, l'organisation commerciale, les marques, le droit au bail, le mobilier de magasin et l'outillage, le tout sauf stipulation contraire. Il peut comprendre les marchandises en stock à concurrence de 50 p.c. de leur valeur. ». Voy. e.a. I. MOREAU-MARGRÈVE, « Heurts et malheurs du gage sur fonds de commerce », note sous Cass., 8 avril 1976, *R.C.J.B.*, 1980, pp. 131 et s., n^{os} 3 et s.

¹⁰³. Voy. cependant : Exposé des motifs, pp. 37-38.

¹⁰⁴. « Dans la mesure où le gage ne peut avoir pour objet que des biens mobiliers (confer art. 12), le conflit entre un créancier gagiste et un créancier hypothécaire ou privilégié sur les immeubles, tel que le règle la disposition à l'examen, ne concerne en effet que les biens mobiliers qui sont devenus immeubles. » (Rapport Chambre II, p. 4 ; nous soulignons). Le texte de l'art. 66 de ce qui allait devenir la loi du 11 juillet 2013 a d'ailleurs fait l'objet d'une correction technique confirmant cette interprétation (voy. Rapport Sénat, pp. 17-18 ; comp. projet de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières et abrogeant diverses dispositions en cette matière, texte adopté en séance plénière et transmis au Sénat, *Doc. parl.*, Chambre, 2012-13, n^o 53-3463/007, p. 25). Pour une approche nuancée des questions que suscite l'immobilisation par destination économique, voy. V. SAGAERT, « Onroerende goederen door bestemming en beslag » (note sous Cass., 15 février 2007), *R.W.*, 2007-08, pp. 906-909 ; voy. aussi V. SAGAERT, « Het eigendomsvereiste bij onroerende goederen door bestemming » (note sous Cass., 12 avril 2010), *R.W.*, 2011-12, pp. 177-180.

¹⁰⁵. Rapport Chambre II, p. 6. Voy. aussi Exposé des motifs, p. 38 ; Rapport Sénat, pp. 16-17 (discussion de l'art. 13 du projet de loi).

¹⁰⁶. La loi dit « en bon constituant » (C. civ. L. III, t. VII, art. 16, al. 1^{er}), ce qui est la même chose (voy. Exposé des motifs, p. 43 et avis du Conseil d'Etat n^o 51.680/2/V du 27 août 2012, p. 112).

¹⁰⁷. Voy. aussi, Exposé des motifs, p. 21.

¹⁰⁸. Voy. aussi, Exposé des motifs, p. 20. Sur la subrogation réelle, voy. V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Anvers, Intersentia, 2003, 793 p. ; adde : V. SAGAERT et R. JANSSEN, *op. cit.*, *T.P.R.*, 2012, pp. 1385-1386, n^o 207.

¹⁰⁹. Intitulé « Des infractions et de la répression en général ».

¹¹⁰. Intitulé « De la participation de plusieurs personnes au même crime ou délit ».

¹¹¹. Relatif aux circonstances atténuantes pour les délits.

¹¹². On sait que l'art. 100 du Code pénal dispose : « Art. 100. A défaut de dispositions contraires dans les lois et règlements particuliers, les dispositions du premier livre du présent code seront appliquées aux infractions prévues par ces lois et règlements, à l'exception du chapitre VII et de l'article 85. »

43. Le droit d'usage dont bénéficie le débiteur prend une coloration particulière lorsque les biens grevés sont « *des biens destinés à être transformés* ».

A moins que les parties n'en conviennent autrement, le *constituant du gage* peut procéder à cette transformation, auquel cas la sûreté grèvera dorénavant le bien résultant de cette transformation.

En cas de transformation non autorisée, et non ratifiée par le *créancier gagiste*, il y aurait lieu de faire application des articles 570 et suivants du Code civil (C. civ., L. III, t. XVII, art. 18, al. 2)¹¹³.

44. De manière apparemment contradictoire, alors pourtant que, comme on vient de le voir, le législateur prévoit que, en règle, le *constituant du gage* peut disposer des biens grevés, l'article 24, alinéa 1^{er}, C. civ., L. III, t. XVII, dispose que : « [l]e gage suit les biens grevés dans quelques mains qu'ils passent. Le cessionnaire agit comme constituant dès le moment de la cession. »

La contradiction n'est qu'apparente. Ce *droit de suite* mobilier limité¹¹⁴ :

- d'une part, n'est pas applicable lorsque le *constituant du gage* pouvait disposer du bien grevé conformément à l'article 21 précité¹¹⁵ ;
- d'autre part, ne porte pas préjudice à la protection possessoire organisée par l'article 2279 du Code civil (C. civ., L. III, t. XVII, art. 24, al. 3). Si un bien a fait l'objet d'un *enregistrement* dans le *registre des gages*, l'acquéreur des biens grevés, agissant dans le cadre de son activité professionnelle, ne pourra cependant se prévaloir de l'article 2279 du Code civil (C. civ., L. III, t. XVII, art. 25). La loi nouvelle ne subordonne donc pas le maintien de la présomption de bonne foi de l'article 2279 du Code civil à la consultation du registre des gages par l'acquéreur agissant en dehors du cadre de ses activités professionnelles.

45. Autre corollaire de l'abandon de l'exigence de *dépossession* : le *créancier gagiste* titulaire d'une sûreté sur des choses fongibles court le risque de voir l'assiette de sa sûreté confondue avec d'autres biens du même genre.

Cette confusion n'entraînera pas la perte du bénéfice de la sûreté. Et si des biens fongibles donnés en gage en faveur de

plusieurs créanciers se trouvent confondus, le résultat de la réalisation de l'assiette de la sûreté sera réparti entre eux proportionnellement à leur créance (C. civ., L. III, t. XVII, art. 20)¹¹⁶.

3° Droits limités du créancier gagiste sur les biens mis en gage

46. On l'a vu, le *créancier gagiste* ne peut en règle se faire remettre les biens grevés. Il peut tout au plus les « *inspecter* » (*confer supra*, nos 25, 40 et 41-42).

47. S'inspirant de l'article 242 du livre III du Code civil néerlandais, l'article 14 du titre XVII du livre III du Code civil ajoute que : « [l]e *créancier gagiste* n'a pas le droit d'*engager* le bien ».

Contrairement au texte néerlandais, et à l'avant-projet DIRIX, repris par l'avant-projet du Groupe d'experts, la loi, dans sa version finale, ne prévoit pas de possibilité de convention contraire. Cette faculté a disparu au niveau de l'avant-projet soumis au Conseil d'Etat.

On peut en déduire – prudemment, dès lors qu'il s'agit de la protection d'intérêts strictement privés – que l'article 14, précité, est impératif.

§ 6. L'opposabilité du gage de registre

1° Le registre des gages

48. Nous arrivons ici à l'autre grande nouveauté de la loi nouvelle, qui n'est cependant que la conséquence naturelle de l'abrogation de l'exigence de *dépossession* comme élément constitutif du contrat de *gage de registre* : la mise en œuvre d'un régime de publicité dans le cadre d'un registre.

La loi nouvelle (C. civ., L. III, t. XVII, art. 26) crée un « *Registre national des Gages, appelé registre des gages, conservé au service des Hypothèques de l'administration générale de la Documentation patrimoniale du service public fédéral Finances* »¹¹⁷. Ce registre « *est un système informatisé destiné à l'enregistrement et à la consultation de gages ainsi qu'à la modification, au renouvellement ou à la*

¹¹³. L'art. 18, alinéa 3, C. civ., L. III, t. XVII, ajoute : « *Si les biens de tiers sont utilisés pour la transformation et si la séparation de ces biens est impossible ou économiquement non justifiée, le gage grève ce bien nouvellement créé si ce bien est le bien principal au sens de l'article 567 ou, le cas échéant, si ce bien est celui dont la valeur est la plus grande. Dans ce cas, le tiers dispose d'un recours pour enrichissement sans cause contre le créancier gagiste.* »

¹¹⁴. Voy. *Exposé des motifs*, pp. 21 et 46-47.

¹¹⁵. Ou, ce qui va sans dire, « *si la disposition avait été autorisée par le créancier gagiste* » (C. civ., L. III, t. XVII, art. 24, al. 2).

¹¹⁶. *Confer infra*, n° 113.

¹¹⁷. Ledit service des hypothèques « *est le responsable du traitement au sens de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel et est chargé de l'application des dispositions de cette loi* » (C. civ., L. III, t. XVII, art. 26, al. 4). Sur les problèmes suscités par la loi du 8 décembre 1992, précitée, voy. avis du Conseil d'Etat n° 51.680/2/V du 17 août 2012, pp. 106-110 et avis n° 22/2012 du 4 juillet 2012 de la Commission de la protection de la vie privée. Sur la raison de la localisation du *registre des gages* auprès du Service public fédéral Finances plutôt que, par exemple, sous une ombrelle commune avec le *fichier central des saisies*, voy. Rapport Chambre I, p. 22.

radiation de l'enregistrement de gages ». L'organisation pratique de ce registre a été confiée au Roi.

49. Seuls quelques grands principes sont fixés dans la loi elle-même¹¹⁸. Ainsi, tout utilisateur du *registre des gages* devra nécessairement s'identifier à défaut de quoi il ne pourra y avoir accès, fût-ce pour une simple consultation (C. civ., L. III, t. XVII, art. 27).

Tout accès au *registre des gages* pourra – mais ne devra pas nécessairement¹¹⁹ – être subordonné au paiement d'une redevance. Toutefois, « [l]a consultation du registre des gages » sera en toute hypothèse « gratuite pour le constituant du gage et pour les catégories de personnes ou d'institutions déterminées par le Roi après avis de la Commission de la protection de la vie privée » (C. civ., L. III, t. XVII, art. 28)¹²⁰.

2° L'enregistrement d'un gage de registre ou d'une modification de celui-ci

50. C'est donc l'enregistrement du gage de registre dans le *registre des gages* qui rendra celui-ci opposable aux tiers (C. civ., L. III, t. XVII, art. 15). C'est au créancier gagiste qu'il incombe de procéder à cet enregistrement, sous sa responsabilité, étant entendu qu'il doit tenir le constituant du gage informé (C. civ., L. III, t. XVII, art. 29)¹²¹.

51. Les sûretés prennent rang dans « l'ordre chronologique de [leur] enregistrement » (C. civ., L. III, t. XVII, art. 15, al. 5). La loi nouvelle contient en son article 57, alinéa 3, une disposition similaire à l'article 81, alinéa 2, de la loi hypothécaire¹²².

52. Eu égard à la simplicité, voulue par le législateur, du *registre des gages* et aux implications de toute inscription, on aurait pu s'attendre à ce que repose sur le créancier gagiste, titulaire du droit d'inscription, une obligation de résultat quant à l'exactitude des données encodées. Le législateur a opté pour une regrettable souplesse¹²³, faussement séduisante.

53. Les données à mentionner dans le *registre des gages*, pour rendre un gage de registre opposable aux tiers, sont relativement simples et évidentes :

« 1° l'identité du créancier gagiste ou du représentant ;

2° l'identité du constituant du gage ;

3° la désignation des biens grevés du gage ;

4° la désignation des créances garanties ;

5° le montant maximum à concurrence duquel les créances sont garanties ;

6° la déclaration du créancier garanti selon laquelle il est responsable de tout dommage qui résulterait de l'inscription de données erronées » (C. civ., L. III, t. XVII, art. 30).

Toutes ces données seront accessibles par les personnes consultant le *registre des gages*. Celles-ci bénéficieront en outre de deux autres informations le numéro d'enregistrement du gage et la date de celui-ci (C. civ., L. III, t. XVII, art. 31).

54. En cas de modification de la convention de gage, le créancier gagiste sera amené à modifier les informations qui ont fait l'objet de l'enregistrement. Dans ce cas, « le registre mentionne tant l'inscription originale que la modification » (C. civ., L. III, t. XVII, art. 32).

55. En cas de cession de créances¹²⁴, cette cession sera enregistrée par le cédant qui, dans son enregistrement, mentionnera l'identité du cessionnaire (C. civ., L. III, t. XVII, art. 37).

56. La loi permet la cession de rang¹²⁵ mais celle-ci ne sera effectivement possible qu'après adoption d'un arrêté royal (C. civ., L. III, t. XVII, art. 38).

L'Exposé des motifs fait observer qu'« [i]l peut arriver que des créanciers gagistes souhaitent intervertir leur rang respectif. Ce type d'abandon de rang requiert également qu'il soit enregistré en vue de son opposabilité à l'égard de tiers »¹²⁶.

57. La durée de validité d'une inscription est de dix ans¹²⁷, délai au terme duquel l'enregistrement n'apparaît plus en cas de consultation (C. civ., L. III, t. XVII, art. 35)¹²⁸.

¹¹⁸ Voy. aussi, *Exposé des motifs*, pp. 21-25, où est souligné le « caractère 'réceptif' du registre ». Le rôle du gestionnaire est réduit à la portion congrue. *Adde* : *ibid.*, pp. 47-48.

¹¹⁹ Rapport Chambre I, p. 23.

¹²⁰ Sur cette question de la redevance, voy. aussi Rapport Sénat, pp. 12 et 14.

¹²¹ Sur le risque d'enregistrements abusifs, voy. Rapport Sénat, p. 17. *Confer* aussi *infra*, n° 58 et la note infrapaginale n° 133.

¹²² « Art. 81. (...) Tous les créanciers inscrits le même jour exercent en concurrence une hypothèque de la même date, sans distinction entre l'inscription du matin et celle du soir, quand cette différence serait marquée par le conservateur. » *Confer infra*, n° 74.

¹²³ *Confer infra*, n° 58.

¹²⁴ *Confer supra*, n° 28.

¹²⁵ Sur cette notion voy. e.a. V. SAGAERT et R. JANSEN, *op. cit.*, T.P.R., 2012, pp. 1281-1282, n° 61.

¹²⁶ *Exposé des motifs*, p. 53.

¹²⁷ Sur ce délai, voy. Rapport Chambre I, pp. 23-24.

¹²⁸ En vertu de l'art. 90, alinéa 1^{er}, de la loi hypothécaire, « [l]es inscriptions conservent l'hypothèque et le privilège pendant trente années à compter du jour de leur date : leur effet cesse si les inscriptions n'ont pas été renouvelées avant l'expiration de ce délai ». Sur la différence de traitement, voy. Rapport Sénat, pp. 13 et 15.

La même disposition légale permet toutefois de renouveler une inscription. Ici encore¹²⁹, le créancier gagiste est tenu d'informer le *constituant du gage* de ce renouvellement.

3° Inscriptions erronées

58. De manière pour le moins contre-intuitive, seule l'absence de « *déclaration du créancier garanti selon laquelle il est responsable de tout dommage qui résulterait de l'inscription de données erronées* » est susceptible de *priver* automatiquement d'effet un *enregistrement*¹³⁰.

Par contre, une faute dans une des cinq autres mentions obligatoires¹³¹ n'entraîne pas de nullité¹³² absolue de l'*enregistrement*.

Une désignation erronée des créances garanties ou du montant maximum de la couverture n'entraîne jamais la nullité de l'*enregistrement* (C. civ., L. III, t. XVII, art. 15, al. 4).

L'erreur dans la désignation du *créancier gagiste* ou de son représentant, du *constituant du gage* ou des biens grevés de gage n'entraîne pas la nullité de l'inscription si, en substance, l'erreur n'est pas de nature à tromper un tiers particulièrement prudent et diligent (C. civ., L. III, t. XVII, art. 15, al. 3)¹³³.

59. S'il a procédé à l'*enregistrement* de données erronées, le *créancier gagiste* pourra modifier ces données, pour autant qu'il en avertisse le *constituant du gage*. Dans ce cas, le *registre des gages* mentionnera tant l'inscription originale que la modification¹³⁴.

60. Toujours en cas d'*enregistrement* de données erronées, le *constituant du gage* pourra inviter le *créancier gagiste* à procéder aux modifications nécessaires.

En cas de refus de ce dernier, le *constituant du gage* pourra s'adresser au service des hypothèques (C. civ., L. III, t. XVII, art. 33).

Le législateur n'a prévu aucun recours au profit du *constituant d'un gage* confronté au double refus injustifié du créancier gagiste et du service des hypothèques. En raison du libellé général de l'article 1395, alinéa 3, nouveau, du Code judiciaire¹³⁵, c'est au *juge des saisies* qu'il appartiendra de trancher le différend.

4° Accessibilité du registre des gages

61. Le *registre des gages* ne sera pas purement et simplement public. N'y auront accès, outre le *constituant du gage* et le *créancier gagiste*, que « *les catégories de personnes ou d'institutions déterminées par le Roi après avis de la Commission de la protection de la vie privée* » (C. civ., L. III, t. XVII, art. 34).

D'après l'*Exposé des motifs*, « [d]eux types de catégories de personnes ayant un intérêt légitime à consulter le registre au regard de sa finalité peuvent être envisagées d'une part, les personnes personnellement concernées par le gage, telles les personnes susceptibles d'obtenir un gage sur le bien concerné ou de se porter acquéreuses à titre professionnel de ce bien ; d'autre part, les personnes ayant un intérêt professionnel en lien direct avec l'existence du gage, tels des mandataires de justice »¹³⁶.

L'autorité réglementaire, malgré les réticences du Conseil d'Etat¹³⁷, n'aura en réalité guère le choix et devra donner un accès très large, sinon inconditionnel, au *registre des gages*.

Tout le système de la loi nouvelle repose sur l'absence de *dépossession* et sur la publicité au travers d'un *registre des gages*. La loi crée donc, par hypothèse, une différence de traitement entre les personnes qui ont accès au *registre des gages* et celles qui n'y ont pas accès.

Il en résulte que, dans toute relation avec un agent de l'activité économique, les personnes qui n'ont pas accès au *registre des gages* seront traitées de façon discriminatoire par rapport à celles qui y ont accès.

On ne voit pas comment, même au prétexte de protéger la vie

^{129.} *Confer supra*, n° 50.

^{130.} Nous qualifions cette situation de *contre-intuitive* dès l'instant où, pour le coup, cette responsabilité est de la nature même des choses et on n'aperçoit guère l'utilité d'une mention explicite, sauf à considérer qu'elle a pour but de préciser qu'il s'agit d'une responsabilité *erga omnes*. De manière générale, sur cette question, voy. *Exposé des motifs*, pp. 41-42, qui renvoie « *aux recommandations 58 et suivantes du Guide législatif de la CNUDCI* ».

^{131.} *Confer supra*, n° 53.

^{132.} Dans tous ces cas, l'art. 15 C. civ., L. III, t. XVII, utilise le terme « *privé d'effet* ». La distinction est cependant cosmétique.

^{133.} « *Art. 15. Opposabilité*

(...)

L'identification erronée du constituant du gage prive d'effet l'enregistrement sauf si une recherche dans le registre à partir de l'élément d'identification correct permet de retrouver l'inscription, sans préjudice de l'article 29, alinéa 2.

L'identification erronée du créancier gagiste ou de son représentant ou la désignation erronée des biens grevés du gage privent d'effet l'enregistrement sauf si elles n'induisent pas gravement en erreur une personne raisonnable effectuant une recherche, sans préjudice de l'article 29, alinéa 2.

(...)

L'art. 29, alinéa 2, C. civ., L. III, t. XVII, dispose : « *Le créancier gagiste répond de tout dommage qui résulterait de l'inscription de données erronées.* » (*confer supra*, n° 50).

^{134.} *Confer supra*, n° 54.

^{135.} « *Sous réserve de l'article 46 du titre XVII du livre III du Code civil [concernant la réalisation d'un gage constitué par un consommateur, confer infra n° 63], toutes les demandes qui ont trait à des sûretés réelles mobilières et au registre des gages [donc également lorsqu'elles sont constituées par des consommateurs] sont portées devant le juge des saisies* » (inséré par l'art. 3 loi du 24 juin 2013 ; *confer supra*, n° 7 et la note infrapaginale n° 17).

^{136.} *Exposé des motifs*, p. 52.

^{137.} Avis du Conseil d'Etat n° 51.680/2/V du 27 août 2012, pp. 106-107.

privée, la Cour constitutionnelle pourrait valider une telle situation. Et les victimes de la discrimination n'auraient selon nous pas même à démontrer le préjudice : celui-ci est certain du seul fait qu'à la différence d'autres créanciers potentiels, elles n'ont pas eu accès à une vision exacte du patrimoine du débiteur concerné.

§ 7. La réalisation du gage

1° *Summa divisio* : le constituant du gage est-il ou non un consommateur ?

62. Sous l'ancien droit, la procédure réalisation du gage dépendait de la nature de celui-ci.

Le *gage civil* devait faire l'objet d'une vente aux enchères, à moins que le créancier ne préfère se faire attribuer le bien moyennant l'évaluation du bien concerné par un expert. Cette évaluation était imputée sur la *créance garantie*. Si celle-ci était inférieure à la valeur définie par l'expert, le solde disponible était remis au *constituant du gage*¹³⁸. Le pacte comissoire était interdit s'il était concomitant au contrat de gage¹³⁹.

Le *gage commercial*¹⁴⁰ ne pouvait faire l'objet d'une appropriation à dire d'experts. Par contre, la réalisation pouvait se faire soit en vente publique, soit en vente de gré à gré.

63. Le droit nouveau contient une *summa divisio différente*, mais qui n'est pas sans lien avec celle qui vient d'être rappelée.

Si le *constituant du gage* est un *consommateur*¹⁴¹, la procédure de réalisation doit suivre celle de l'ancien gage (sans plus de distinction entre *gage civil* ou *commercial*) : soit le *créancier gagiste* s'appropriera l'assiette du *gage* à dire d'experts¹⁴², soit il fera vendre cette assiette en vente publique ou de gré à gré¹⁴³. Et le pacte comissoire exprès concomitant au contrat de gage reste interdit, l'article 47, alinéa 3, C. civ., L. III, t. XVII, reproduisant à l'identique l'article 2078, alinéa 2, du Code civil.

^{138.} Art. 2078, al. 1^{er}, C. civ.

^{139.} Art. 2078, al. 2, C. civ. *Confer supra*, n° 25.

^{140.} De même que le gage sur fonds de commerce : l'art. 12, alinéa 1^{er}, de la loi du 25 octobre 1919 sur la mise en gage du fonds de commerce, l'escompte et le gage de la facture, ainsi que l'agrégation et l'expertise des fournitures faites directement à la consommation renvoie aux art. 4 à 10 du titre I^{er} de la loi du 5 mai 1872, formant le titre VI du Code de commerce relatif au gage commercial.

^{141.} *Confer supra*, n° 26 et la note infrapaginale n° 80.

^{142.} *Voy. Exposé des motifs*, pp. 26-27.

^{143.} C. civ., L. III, t. XVII, art. 46. En cas de vente de gré à gré, « [l]e créancier gagiste n'a pas le droit de se porter acheteur » (C. civ., L. III, t. XVII, art. 46, al. 2). Il n'y a par contre pas d'objection à ce que le *créancier gagiste* se porte acquéreur dans le cadre d'une vente publique (*Exposé des motifs*, p. 60).

^{144.} *Exposé des motifs*, p. 9.

^{145.} *Confer infra*, nos 70-72.

^{146.} C. civ., L. III, t. XVII, art. 47, al. 6.

^{147.} *Exposé des motifs*, p. 26. *Confer infra*, nos 81 et s.

^{148.} *Exposé des motifs*, p. 25.

^{149.} *Exposé des motifs*, pp 57-58 et avis du Conseil d'Etat n° 51.680/2/V du 27 août 2012.

^{150.} « [L]orsqu'il s'agit de biens qui sont négociés sur un marché reconnu ou sur une bourse, la vente a lieu sur ce marché ou sur cette bourse. » (*Exposé des motifs*, p. 60).

^{151.} *Exposé des motifs*, p. 56. *Adde* : *ibid.*, p. 25.

Si le *constituant du gage* n'est pas un *consommateur*, la loi nouvelle donne priorité à « la liberté contractuelle », « étant entendu qu'un contrôle judiciaire doit toujours rester possible »¹⁴⁴. Les modalités de réalisation¹⁴⁵ sont larges puisque le bénéficiaire du gage peut « vend[re] ou lou[er] tout ou partie des biens grevés du gage afin d'apurer la créance garantie » (C. civ., L. III, t. XVII, art. 47, al. 1^{er}).

2° Principes gouvernant la réalisation du gage

(A) Liberté contractuelle¹⁴⁶

64. Pour la réalisation du gage, priorité est donc donnée à la liberté contractuelle sous la réserve – peu contraignante – des principes énoncés ci-après, la loi ne contient ni interdit, ni directive. « [L]a réalisation est en principe extrajudiciaire mais un appel au juge reste toujours possible si une des parties le souhaite. »¹⁴⁷.

Par ailleurs, lorsque la *créance garantie* est exigible, le *créancier gagiste* n'est pas obligé de réaliser prioritairement l'assiette de sa sûreté. Il peut, le cas échéant, tenter d'abord d'obtenir paiement par d'autres voies¹⁴⁸.

La mise en œuvre de la procédure de réalisation « suppose » en outre « que le *créancier gagiste* ait pu entrer en possession du bien gagé »¹⁴⁹.

(B) L'équilibre de la terreur

65. L'article 47, alinéas 3 à 5, C. civ., L. III, t. XVII, énonce une série de principes qui *a priori* favorisent le créancier.

La réalisation à laquelle il procédera « doit être effectuée de bonne foi et d'une manière économiquement justifiée »¹⁵⁰. Selon le législateur, « [u]ne liquidation efficace, où la perte de la valeur économique est aussi minime que possible, sert les intérêts tant du *créancier gagiste* que du *constituant du gage* et des autres créanciers »¹⁵¹.

Les clauses limitatives de responsabilité sont réputées non écrites, mais c'est au *constituant du gage* qu'incombe la charge de la preuve d'un manquement¹⁵².

66. On objectera à juste titre que le *constituant du gage* pourra aisément saisir le *juge des saisies*, saisine qui suspendra l'exécution du gage (c. civ., L. III, t. XVII, art. 54, al. 2)¹⁵³.

Dans un premier temps au moins, précisément parce que la loi a utilisé des termes vagues (« *réalisation* [devant] *être de bonne foi* », « *d'une manière économiquement justifiée* ») et n'a voulu favoriser personne (inopposabilité des clauses limitant la responsabilité du *créancier gagiste* mais charge de la preuve d'un manquement incombant au *constituant du gage*), les recours au *juge des saisies* risquent d'être nombreux, sans qu'on puisse en règle faire grief aux *constituants* d'avoir introduit des recours intempestifs : en l'absence de balises légales claires, comment reprocher à une partie de rechercher le pilotage de la jurisprudence?

Dans un second temps cependant, lorsque la jurisprudence se sera stabilisée, nous pouvons nous attendre à une sanction plus vive des recours dilatoires.

(C) Droit inconditionnel du débiteur d'arrêter la procédure de réalisation en payant sa dette

67. Tant que l'assiette du gage n'est pas réalisée, « *le constituant du gage*¹⁵⁴ (...) a le droit d'obtenir la libération du gage moyennant le paiement de la dette garantie et des frais de réalisation déjà exposés » (C. civ., L. III, t. XVII, art. 50).

Ce droit n'est pas sans évoquer le droit similaire du curateur en cas de faillite du débiteur gagiste¹⁵⁵.

3° Procédure

68. Même si une grande liberté est laissée aux parties, la loi prévoit un minimum de garanties procédurales : le *bénéficiaire du gage*, qui dispose du droit de réaliser sa sûreté

dans les conditions contractuellement prévues sans avoir à se procurer un titre exécutoire, doit notifier au moins dix jours à l'avance – « *trois jours pour les biens qui sont périssables ou qui sont sujets à une dépréciation rapide* »¹⁵⁶ (C. civ., L. III, t. XVII, art. 49) – son intention de réaliser l'assiette du gage. « *La computation de ce délai s'effectue* » non en jours ouvrables mais « *conformément à l'article 53 du Code judiciaire.* »¹⁵⁷.

La notification de ce « *délai d'attente* »¹⁵⁸ doit être faite par courrier recommandé adressé au débiteur et, le cas échéant, au *tiers constituant de gage* (C. civ., L. III, t. XVII, art. 48, al. 1^{er}). Elle « *mentionne le montant de la créance garantie au moment de cette notification, une description des biens grevés, le mode de réalisation prévu et le droit du débiteur ou du constituant du gage de libérer les biens en apurant la dette garantie.* » (C. civ., L. III, t. XVII, art. 48, al. 3). La mention du « *montant de la créance garantie* » permet au *constituant du gage* d'éviter la réalisation de la sûreté en payant le montant dû¹⁵⁹. Si la réalisation est poursuivie, le *créancier gagiste* ne devra cependant pas limiter l'exécution concrète de la sûreté au montant mentionné dans la notification : « *[I] arriéré de paiement peut en effet continuer de croître dans l'intervalle* »¹⁶⁰.

69. Cette « *notification doit également être faite aux autres créanciers gagistes et à ceux qui ont saisi les biens grevés* » (C. civ., L. III, t. XVII, art. 48, al. 2).

L'*Exposé des motifs*¹⁶¹ justifie cette notification de façon à permettre à ces autres parties intéressées de faire valoir leurs droits. Le *créancier notifiant* devra donc consulter tant le *registre des gages* que le *fichier des avis de saisie*¹⁶².

70. Le législateur trace pour le surplus quelques pistes supplémentaires permettant la réalisation de l'assiette du gage : si les parties n'ont rien prévu, le *créancier gagiste* pourra à tout le moins confier à un huissier de justice la réalisation de l'assiette du gage, celle-ci pouvant prendre la forme d'une vente publique ou de gré¹⁶³, voire même d'une location (C.

¹⁵². Voy. *Exposé des motifs*, p. 57.

¹⁵³. Voy. aussi *Exposé des motifs*, p. 26.

¹⁵⁴. Ainsi que « *tout tiers intéressé* ».

¹⁵⁵. Art. 88 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites : « *Les curateurs peuvent, à toute époque, avec l'autorisation du juge-commissaire, retirer les gages, au profit de la faillite en remboursant la dette.* » Un droit similaire existe à l'égard du bénéficiaire d'une clause de réserve de propriété (art. 108, al. 2, de la même loi) étant entendu que, dans ce cas, le curateur n'est tenu qu'au paiement du prix « *à l'exclusion des intérêts et pénalités* » (voy. Rapport Sénat, p. 22). Dès lors que l'art. 72 C. civ., L. III, t. XVII ne contient pas une telle limitation, il est douteux que cette différence de traitement survive à une question préjudicielle adressée à la Cour constitutionnelle. Au demeurant, en cas de faillite du débiteur, le *créancier* devra tenir compte de l'art. 26 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites qui suspend les voies d'exécution, pour les créances privilégiées, jusqu'au dépôt du premier procès-verbal de vérification des créances, étant entendu que, dans les circonstances visées à l'art. 26, alinéa 3, de la même loi, le curateur pourrait obtenir la suspension de l'exécution d'une sûreté réelle mobilière pour une période maximale d'un an.

¹⁵⁶. Comp. art. 49 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites ; la coïncidence numérale est amusante.

¹⁵⁷. *Exposé des motifs*, p. 58 et avis du Conseil d'Etat n° 51.680/2/V du 27 août 2012, p. 115.

¹⁵⁸. *Exposé des motifs*, pp. 58 et 59.

¹⁵⁹. *Confer infra*, n° 67.

¹⁶⁰. *Exposé des motifs*, p. 58.

¹⁶¹. *Exposé des motifs*, p. 59.

¹⁶². « *Une consultation des avis de saisie n'est toutefois pas requise pour le créancier gagiste qui est mis en possession de biens étant donné qu'il ne peut ignorer une saisie pratiquée sur les biens.* » (*Exposé des motifs*, p. 59).

¹⁶³. Dans ce cas, « *[I]e créancier gagiste n'a pas le droit de se porter acheteur* » (C. civ., L. III, t. XVII, art. 52) ». Voy. aussi *supra*, note infrapaginale n° 143.

civ., L. III, t. XVII, art. 47, al. 2, et 51) ou de la concession d'une licence¹⁶⁴.

71. Le créancier gagiste conserve en outre la faculté de réaliser sa sûreté « selon les voies d'exécution prévues au Code judiciaire, notamment en pratiquant une saisie après avoir obtenu une condamnation (titre exécutoire) du [débitur] »¹⁶⁵.

72. La réalisation du gage peut aussi prendre la forme d'une appropriation de son assiette par le créancier gagiste (C. civ., L. III, t. XVII, art. 53). Pareille appropriation suppose cependant un accord du *constituant du gage* soit dès la constitution de ce gage, soit en cours de validité de celui-ci, soit encore au moment de sa réalisation.

Si l'appropriation fait l'objet d'une clause contractuelle, cette dernière doit « prévoir que la valeur des biens sera déterminée par un expert au jour de l'appropriation et, pour les biens qui sont négociés sur un marché, par référence au prix de ce marché. »

4° Distribution

(A) Absence de procédure organisée

73. Une fois l'assiette de la sûreté réalisée, le créancier en imputera le produit sur la *créance garantie*, augmentée des « frais raisonnables de réalisation » (C. civ., L. III, t. XVII, art. 55).

Même lorsque la réalisation est confiée à un huissier de justice, la loi ne fait pas référence à la procédure des articles 1627 et suivants du Code judiciaire¹⁶⁶. Dès lors que la loi nouvelle prévoit un *contrôle judiciaire a posteriori* spécifique¹⁶⁷, les dispositions du Code judiciaire relatives à la procédure de *distribution par contribution* sont exclues de manière implicite mais certaine.

Par contre, en cas de vente publique, l'huissier devra se conformer notamment à l'article 442 du Code des impôts sur les revenus¹⁶⁸ et au texte similaire de l'article 93undecies D du Code de la TVA¹⁶⁹.

^{164.} *Exposé des motifs*, p. 26.

^{165.} *Exposé des motifs*, p. 57. *Adde* : *ibid.*, p. 25.

^{166.} *Comp. infra*, n° 120.

^{167.} *Confer infra*, nos 85-88.

^{168.} « Les fonctionnaires publics ou les officiers ministériels chargés de vendre publiquement des meubles, dont la valeur atteint au moins 250 EUR, sont personnellement responsables du paiement des impôts et accessoires dus par le propriétaire au moment de la vente, s'ils n'en avisent pas, par lettre recommandée à la poste, au moins huit jours ouvrables à l'avance, le receveur des contributions du domicile ou du principal établissement du propriétaire desdits meubles. Lorsque la vente a eu lieu, la notification du montant des impôts et accessoires faite par le receveur des contributions compétent, par lettre recommandée à la poste, au plus tard la veille du jour de la vente, emporte saisie-arrêt entre les mains des fonctionnaires publics ou des officiers ministériels cités à l'alinéa précédent. »

^{169.} Voy. aussi l'art. 23ter, § 8, de l'arrêté royal n° 38 du 27 juillet 1967 organisant le statut social des travailleurs indépendants, l'art. 41quater, § 7, de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs, l'art. 62sexies du décret du 6 mai 1999 relatif à l'établissement, recouvrement et au contentieux en matière de taxes régionales wallonnes. Cette liste n'a pas la prétention d'être exhaustive.

^{170.} *Confer infra*, nos 77 et s.

^{171.} C. civ., L. III, t. XVII, art. 57.

^{172.} *Exposé des motifs*, pp. 17, 27 et 41.

^{173.} *Confer* aussi *supra*, n° 51.

Pour qui connaît les difficultés, parfois considérables, auxquelles peuvent donner lieu les procédures de *distribution par contribution*, on peut s'attendre à ce que, sauf pour la pratique à trouver rapidement un équilibre procédural respectueux des intérêts de toutes les parties en présences, le législateur soit amené à formaliser davantage cet aspect de la procédure de réalisation.

Qu'il y ait ou non intervention d'un huissier de justice, et quelle que soit en définitive la procédure applicable, toute procédure de réalisation, est susceptible, en cas de pluralité des créanciers intéressés, à donner lieu à un règlement de rang, lequel est régi par les articles 57 et 58 C. civ., L. III, t. XVII¹⁷⁰. Le disponible éventuel reviendra au *constituant du gage* (C. civ., L. III, t. XVII, art. 55, al. 3).

(B) Règlement de rang

(1) Entre créanciers gagistes

74. Entre *créanciers gagistes*, les conflits sont réglés sur la seule base de l'*antériorité* (C. civ., L. III, t. XVII, art. 57, al. 2) : le premier créancier à avoir rendu sa sûreté opposable l'emporte sur le suivant et ainsi de suite.

Les dates à prendre en compte sont, selon le cas, la date de l'*enregistrement (gage de registre)* ou de la prise de possession (*gage avec dépossession*)¹⁷¹. Il en résulte que « la date à laquelle les *créances* sont nées » est dénuée de pertinence sous ce rapport¹⁷².

75. Tous les *créanciers gagistes* qui ont rendu leur gage opposable aux tiers « le même jour occupent le même rang » (C. civ., L. III, t. XVII, art. 57, al. 3)¹⁷³.

76. La règle de l'*antériorité* s'applique aussi aux conflits entre *créanciers gagistes*, d'une part, et *créanciers hypothécaires* ou *privilegiés spéciaux* sur immeuble d'autre part, lorsque les biens mobiliers mis en gage sont, dans l'intervalle, devenus immeubles (C. civ., L. III, t. XVII, art. 57, al. 4).

(2) Entre créanciers gagistes et créanciers privilégiés

77. Dès lors que le législateur a laissé passer une occasion

unique de mettre bon ordre dans le fouillis des *privilèges* mobiliers, il fallait au minimum faire la liaison entre ledit fouillis et le sort du gage.

L'ancien droit l'avait fait en assimilant, de manière un peu artificielle, le gage à un *privilège* spécial parmi les autres¹⁷⁴. La loi nouvelle, en abrogeant cet artifice¹⁷⁵, a dû en créer un autre pour le règlement de rang : le droit de priorité du *créancier gagiste* est assimilé au *privilège* que l'article 20, 7°, de la loi hypothécaire octroie au *voiturier*¹⁷⁶.

A cet effet, les articles 23 et 25 de la loi hypothécaire ont été très légèrement retouchés dans la forme mais non quant à leur champ d'application et à leur portée (loi du 11 juillet 2013, art. 92 et 93). Il ne s'agissait que d'adapter ces textes au fait que, formellement, le gage cessait d'être un *privilège* au sens légal du terme mais conservait, vis-à-vis des *privilèges*, exactement le même rang qu'avant la réforme.

78. Puisque le gage cesse d'être un *privilège* au sens strict du terme mais se voit attribuer le même *rang* que le *privilège du voiturier*, chaque fois qu'un gage sera réalisé, il faudra procéder à une double analyse :

- d'une part, il faudra déterminer, entre les divers gages, le rang de chacun d'eux¹⁷⁷ ;
- d'autre part, si ces gages sont confrontés à un *privilège* spécial, il faudra se référer aux articles 21 et 26 de la loi hypothécaire qui tranchent la plupart des conflits sans que le fil conducteur soit, prioritairement, l'*antériorité*¹⁷⁸.

Lors de la *distribution* de la recette de la *réalisation*, chaque gage de chaque *créancier gagiste* devra être confronté séparément à l'ensemble des *créanciers privilégiés* existants. Pour prendre le seul exemple du conflit entre un *créancier gagiste* et le titulaire du *privilège du vendeur*¹⁷⁹, tel *créancier gagiste* pourra, au moment de la mise en gage, avoir su que le prix de vente de l'objet nanti « *en était encore dû* » alors que tel autre a pu l'ignorer : dans le second cas, le *créancier gagiste* sera préféré au *vendeur* alors que dans le premier c'est ce dernier qui l'emportera.

Dès l'instant où, en substance, en termes de conflit de rang,

le gage, même sous la loi nouvelle, s'analyse en un *privilège*, la jurisprudence antérieure conserve son actualité.

79. Alors que, sous la seule réserve d'une modification cosmétique consécutive à la réorientation taxinomique du gage, qui cesse d'être un *privilège*, le législateur feint de ne pas toucher au rang des *privilèges* tel qu'organisé par les articles 21 à 26 de la loi hypothécaire, il en trouble néanmoins considérablement l'ordonnement par l'article 58, nouveau, du titre XVII du livre III du Code civil :

« **Art. 58. Superpriorité**

Un gage basé sur un droit de rétention pour une créance en conservation de la chose prime tous les créanciers gagistes.

Sous réserve de l'alinéa 1^{er}, le vendeur impayé qui s'est réservé la propriété, le vendeur privilégié et le privilège du sous-traitant priment les créanciers gagistes sur ces biens. »

Cette disposition risque d'être la source de complications considérables.

Tout d'abord, le *privilège des frais de conservation*¹⁸⁰ reçoit apparemment un rang différent selon que son titulaire peut ou non se prévaloir, par ailleurs, d'un *droit de rétention* :

- dans la première hypothèse, il « *prime tous les créanciers gagistes* », antérieurs ou non ;
- la seconde hypothèse – absence de droit de rétention – est réglée par l'article 22, alinéa 1^{er}, de la loi hypothécaire, en vertu duquel « [*les frais faits pour la conservation de la chose priment les privilèges antérieurs*]¹⁸¹ ». Certes le gage ne peut désormais plus être traité comme un *privilège* en tant que tel¹⁸². Toutefois, on l'a vu¹⁸³, pour les questions de règlement de rang, le *créancier gagiste* est assimilé au *voiturier*.

Par ailleurs, l'article 58, précité, contredit l'article 23, nouveau, de la loi hypothécaire : en vertu de cet article 23¹⁸⁴, le *créancier gagiste*, assimilé au *voiturier*, « *est préféré au vendeur de l'objet mobilier qui lui sert de gage, à moins qu'il n'ait su, en le recevant, que le prix en était encore dû* », alors qu'en vertu de l'article 58, précité, C. civ., L. III, t. XVII, le

¹⁷⁴. Art. 20, 3°, de la loi hypothécaire abrogé par l'art. 100, b), de la loi du 11 juillet 2013.

¹⁷⁵. *Confer supra*, n° 23.

¹⁷⁶. L'art. 57, alinéa 1^{er}, seconde phrase, C. civ., L. III, t. XVII dispose : « *Le créancier gagiste jouit du même droit que celui reconnu au voiturier par les articles 23 et 25 du même titre.* »

¹⁷⁷. *Confer supra*, n°s 74 et s.

¹⁷⁸. Art. 12 de la loi hypothécaire : « *Le privilège est un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires.* ». De manière plus générale, il faut admettre que, chaque fois que le législateur fait référence à la notion de *privilège*, celle-ci englobe la notion de gage, même si cette dernière institution est en réalité davantage qu'un *privilège* puisqu'elle permet l'exécution forcée sans titre exécutoire préalable, son titulaire bénéficiant en outre d'un certain *droit de suite*. Ainsi, l'art. 19 de la loi sur les faillites, qui confronte droit de la faillite et publicité instrumentaire, est applicable au droit de gage. Il en va de même de l'art. 1627 du Code judiciaire régissant la déclaration de créance dans le cadre d'une distribution par contribution.

¹⁷⁹. Art. 23 de la loi hypothécaire, tant ancien que le nouveau.

¹⁸⁰. Art. 20, 4°, de la loi hypothécaire.

¹⁸¹. Sur ce qu'il faut comprendre par « *privilèges antérieurs* », voy. M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière* ..., *op. cit.*, pp. 391-392, n°s 915-917.

¹⁸². *Confer supra*, n° 23.

¹⁸³. *Confer supra*, n° 77.

¹⁸⁴. *Confer supra*, n° 78.

vendeur¹⁸⁵ est « toujours » préféré au créancier gagiste, même si ce dernier ignorait que le prix de vente de l'assiette de la sûreté était encore dû.

80. Mais derrière ces difficultés techniques qui feront la joie des plaideurs, la portée essentielle de l'article 58, précité, est d'accorder un véritable *superprivilège* au sous-traitant au détriment du bailleur de crédit, créancier gagiste sur créances. Cet avantage a été voulu par la commission de la justice de la Chambre des représentants¹⁸⁶. Cette extension était justifiée par la crainte de voir un créancier gagiste « *prendre[e] le sous-traitant de vitesse (...) alors que les sous-traitants doivent être protégés en cas de faillite de l'entrepreneur principal. Il y a en effet un risque que le sous-traitant soit emporté par cette faillite* »¹⁸⁷.

On n'aperçoit cependant pas comment pareille discrimination pourrait survivre à une question préjudicielle posée à la Cour constitutionnelle à la demande d'un créancier, partenaire d'un failli, ne bénéficiant pas de cette *superpriorité*. En effet, la faillite n'est pas une catastrophe économique uniquement pour les sous-traitants (ou pour les bénéficiaires d'une *clause de réserve de propriété* ou d'un *privilège du vendeur*). Elle frappe de la même manière tout prestataire de services¹⁸⁸ généralement quelconque.

Aucune raison acceptable ne permet de justifier que les créanciers visés par l'article 58 C. civ., L. III, t. XVII, bénéficient non seulement d'une *sûreté* mais, en outre, d'une *superpriorité*, alors que sauf à obtenir une *sûreté* – illusoire généralement en raison du déséquilibre des rapports de forces – le prestataire de services (et le créancier involontaire) se trouveront refoulés au passif chirographaire¹⁸⁹.

5° Contrôle judiciaire

(A) Contrôle judiciaire pendant la procédure de réalisation

81. Nous avons déjà évoqué l'article 54 C. civ., L. III, t. XVII¹⁹⁰ : cette disposition légale instaure la possibilité pour toutes les parties intéressées de s'adresser au *juge des saisies* à toutes les phases de la procédure de réalisation¹⁹¹ et ce dès la notification prévue à l'article 48 C. civ., L. III, t. XVII¹⁹².

Ces parties intéressées sont, au premier chef, le *créancier gagiste* et le *constituant du gage*. La loi y ajoute les autres éventuels *tiers intéressés*. Il peut s'agir notamment du *débiteur*, si celui-ci n'est pas le *constituant du gage*, ou d'autres *créanciers gagistes*.

82. La cause est portée devant le *juge des saisies* soit par citation, soit par requête contradictoire¹⁹³.

On peut s'interroger sur le délai de citation à respecter pour la saisine du *juge des saisies*.

En effet, la loi du 24 juin 2013¹⁹⁴ « complète » l'article 1395 du Code judiciaire par un alinéa confiant à la compétence du *juge des saisies* « toutes les demandes qui ont trait à des *sûretés réelles mobilières* et au registre des gages ».

En toute logique, ce nouvel alinéa devient l'alinéa 3 de l'article 1395 du Code judiciaire, de sorte que ne lui est pas applicable le deuxième alinéa de cette même disposition légale en vertu duquel les demandes en matière de saisie et autres « sont introduites et instruites selon les formes du *référé*, sauf dans les cas où la loi prévoit qu'elles sont formées par requête ».

On pourrait objecter qu'il n'y a pas de raison de ne pas appliquer aussi cette disposition légale aux demandes en matière de *sûretés réelles mobilières*. L'objection ne serait cependant pas dénuée de faiblesse dès lors que l'article 1395, alinéa 2, du Code judiciaire règle non seulement les *formes* de la procédure mais également leur *mode d'introduction*. Or, en matière de *sûretés réelles mobilières*, ce *mode d'introduction* est organisé de façon spécifique par l'article 54, précité, C. civ., L. III, t. XVII.

En toute rigueur de principe, le délai de saisine du *juge des saisies* est donc le délai de huitaine¹⁹⁵. Soutenir que le délai de saisine serait le délai de deux jours, propre aux procédures d'urgence, n'est pas indéfendable mais fait violence au texte.

Le fait qu'en vertu de l'article 54, alinéa 2, précise que : « [l]e *juge statue toutes affaires cessantes* »¹⁹⁶ ne constitue un argument décisif ni dans un sens ni dans un autre, pas plus que le fait que sa décision ne soit rendue qu'« *au provisoire* » de sorte que « *sa décision n'a donc pas autorité de la chose jugée* »¹⁹⁷.

^{185.} « La ministre confirme (...) que l'article 58 proposé concerne également des figures juridiques autres que la vente, le critère retenu étant celui de l'aliénation (ce qui signifie que l'échange et l'apport, par exemple, sont également visés). » (Rapport Chambre II, p. 9).

^{186.} Rapport Chambre I, pp. 10, 12 et 29.

^{187.} Projet de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières et abrogeant diverses dispositions en cette matière, amendement n° 25, *Doc. parl.*, 2012-13, n° 53-2463/004, p. 2.

^{188.} Et nous ne parlons même pas « de ceux qu'on appelle les créanciers 'involontaires' (par exemple, les victimes de fautes) » (*Exposé des motifs*, p. 13).

^{189.} Les arguments mis en avant pour octroyer une priorité au vendeur ne sont d'ailleurs pas plus convaincants (*Exposé des motifs*, pp. 27-28).

^{190.} *Confer supra*, n°s 21 et 66.

^{191.} Du moins lorsque le *constituant du gage* n'est pas un consommateur (*confer supra*, note infrapaginale n° 17).

^{192.} *Confer supra*, n° 68.

^{193.} *Confer supra*, n° 21 et notes infrapaginales n°s 65 et 66.

^{194.} *Confer supra*, n° 7 et la note infrapaginale n° 17.

^{195.} C. jud., art. 707-710.

^{196.} C. civ., L. III, t. XVII, art. 54.

^{197.} C. civ., L. III, t. XVII, art. 54, al. 5. Comp. C. jud., art. 19, al. 2.

83. On notera que la décision du *juge des saisies*, statuant dans le cadre de son contrôle de la procédure, « n'est susceptible ni d'opposition, ni d'appel »¹⁹⁸.

On le répète¹⁹⁹, n'étant pas explicitement exclue, la tierce opposition reste quant à elle possible. Eu égard à la multiplicité des intéressés potentiels, ce recours, par définition « extraordinaire »²⁰⁰, pend donc comme une épée de Damoclès au-dessus de toute procédure de réalisation.

84. C'est le greffe qui notifie, « immédiatement », aux parties la décision du *juge des saisies* sous la forme d'un pli judiciaire²⁰¹. Cette notification fait courir le délai pour introduire le seul recours – lui aussi extraordinaire – dont dispose les parties : le pourvoi en cassation²⁰².

(B) Contrôle judiciaire *a posteriori*

85. Au terme de la procédure de réalisation, le *créancier gagiste* est tenu de notifier cet achèvement « par envoi recommandé » aux personnes à qui il avait déjà notifié son intention de procéder à la réalisation²⁰³.

86. Cette notification fait courir le délai d'un an²⁰⁴ dans lequel les parties intéressées peuvent contester devant le *juge des saisies* tant la procédure de réalisation que la répartition des deniers²⁰⁵ (C. civ., L. III, t. XVII, art. 56, al. 1 à 3).

La procédure ne pouvant être introduite qu'« [a]u terme de la réalisation », elle serait irrecevable tant que cette réalisation est en cours. Outre l'argument de texte précité, on se demanderait d'ailleurs l'intérêt légitime dont pourrait se prévaloir le plaignant dès lors qu'une procédure préventive est mise à sa disposition lui permettant de solliciter l'intervention directe et préalable du *juge des saisies* dans la procédure de réalisation, les décisions rendues par ce dernier dans ce cadre ayant une autorité comparable à celle du *juge des référés* (confer *infra*, n° 87).

87. « [C]ette action sera une action en responsabilité et, la décision prise dans le cadre de la procédure visée à l'article 54 n'ayant pas autorité de la chose jugée²⁰⁶, la situation sera la même que lorsque, dans un même conten-

tiens, le juge du fond statue en dommages et intérêts après intervention, au provisoire, du juge des référés. »²⁰⁷.

« Une telle action pourrait, eu égard à son objet, porter en tout ou en partie sur les mêmes questions litigieuses que celles soumises au juge des saisies en vertu de la procédure visée à l'article 54 (C. civ., L. III, t. XVII) »²⁰⁸.

88. Sous la seule réserve que la cause peut être introduite tant par voie de *citation* que par *requête contradictoire* (C. civ., L. III, t. XVII, art. 56, al. 4), la procédure se déroule suivant le droit commun des procédures judiciaires.

§ 8. Fin du contrat de gage

89. Comme toute convention, « [l]a convention de gage peut être conclue pour une durée déterminée ou indéterminée » (C. civ., L. III, t. XVII, art. 11). Et comme toute convention à durée indéterminée, une convention de gage à durée indéterminée peut être dénoncée moyennant un préavis ; la loi en fixe elle-même les durées minimale et maximale : trois à six mois.

90. La loi consacre pour le surplus la distinction classique entre *obligation de paiement* et *obligation de couverture* : en règle, à moins que les parties n'en conviennent autrement, lors de la survenance du terme ou à l'expiration du préavis, la sûreté garantira uniquement les créances existant à ce moment (*obligation de paiement*), l'*obligation de couverture* cessant pour l'avenir²⁰⁹.

§ 9. Radiation du gage

91. Lorsque l'inscription du gage n'aura plus lieu d'être, singulièrement en raison du paiement de la *créance garantie*, et si le *créancier gagiste* ne supprime pas spontanément l'*enregistrement du gage de registre*, le *constituant du gage* pourra s'adresser à lui et le sommer de faire procéder à ladite radiation. En cas de refus, le *constituant du gage* pourra s'adresser au service des hypothèques (C. civ., L. III, t. XVII, art. 36 *juncto* 33).

¹⁹⁸. C. civ., L. III, t. XVII, art. 54, al. 6.

¹⁹⁹. Confer *supra*, note infrapaginale n° 67.

²⁰⁰. Art. 21, al. 2, C. jud.

²⁰¹. C. civ., L. III, t. XVII, art. 54, al. 7.

²⁰². Confer *supra*, n° 21 et la note infrapaginale n° 68.

²⁰³. Confer *supra*, n° 68. On aurait pu s'attendre à ce que, dans le corps du texte, le législateur énonce clairement le principe même de l'obligation pour le *créancier gagiste* de procéder, au terme de la procédure de réalisation, à une notification aux parties intéressées. Si cette obligation de notification est effectivement reprise dans la loi nouvelle, elle n'est exprimée que de façon indirecte (C. civ., L. III, t. XVII, art. 56, al. 2 et 3).

²⁰⁴. Il s'agit d'un délai préfix : *Exposé des motifs*, p. 62. Voy. avis du Conseil d'Etat n° 51.680/2/V du 27 août 2012, p. 120.

²⁰⁵. *Exposé des motifs*, p. 62. Voy. avis du Conseil d'Etat n° 51.680/2/V du 27 août 2012, pp. 117-118.

²⁰⁶. Confer *supra*, n° 82.

²⁰⁷. *Exposé des motifs*, p. 62. Voy. avis du Conseil d'Etat n° 51.680/2/V du 27 août 2012, pp. 117-118.

²⁰⁸. Avis du Conseil d'Etat n° 51.680/2/V du 27 août 2012, p. 117.

²⁰⁹. Cette disposition légale doit être comprise à la lumière de la disposition légale qui l'a inspirée : l'art. 51bis de la loi du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire (voy. *Exposé des motifs*, pp. 20 et 39-40).

92. En cas de refus tant du *créancier gagiste* que du service des hypothèques, le *constituant du gage* portera sa demande devant le *juge des saisies* en application de l'article 1395, alinéa 3, nouveau, du Code judiciaire²¹⁰.

Dans la mesure où la loi reconnaît au *constituant du gage* un droit subjectif tant vis-à-vis du *créancier gagiste* que vis-à-vis du service des hypothèques, l'action du *constituant du gage* sera recevable, qu'il assigne²¹¹ l'un, l'autre, ou les deux.

La loi ne donne cependant pas de façon explicite au créancier le droit de procéder à une radiation. Elle dit simplement qu'en cas de paiement de la dette, le créancier doit « *veiller à ce que l'enregistrement du gage soit radié* » (C. civ., L. III, t. XVII, art. 36, al. 1^{er}). On pourrait donc être tenté de soutenir que le service des hypothèques devrait être le seul défendeur. Il résulte en effet de la lecture combinée des articles 33 et 36 du titre XVII du livre III du Code civil que la radiation d'un gage doit être faite par le service des hypothèques soit à la demande conjointe du *créancier gagiste* et du *constituant du gage*, soit à la demande de ce dernier seulement.

Section 3. Le gage avec dépossession

§ 1. Les biens mobiliers corporels et les créances

1° Les biens mobiliers corporels

93. En vertu de l'article 39 C. civ., L. III, t. XVII, « [l]e gage d'un bien corporel est également opposable aux tiers lorsque ce bien est mis en la possession matérielle du créancier ou d'un tiers convenu ».

Inspirée de l'article 2337 du Code civil français²¹², cette disposition légale réduit la *dépossession* à une simple question de publicité.

Cette façon de voir les choses est acceptable²¹³ mais l'évolution par rapport au droit antérieur est marginale²¹⁴ : certes,

dorénavant, la seule conclusion du contrat de gage portant sur une meuble corporel suffira à le rendre valable – et la *mise en possession* pourra faire l'objet d'une exécution forcée, le cas échéant sous astreinte – mais le *créancier gagiste* ne prendra rang qu'au moment de sa *mise en possession* effective, tout comme sous l'empire du Code civil.

2° Les créances²¹⁵

94. Toute créance, pour autant qu'elle ne soit pas incessible en vertu de la loi (C. civ., L. III, t. XVII, art. 7, al. 5), peut faire l'objet d'un *gage avec dépossession*. Cette créance inclut non seulement le principal mais s'étend aussi, le cas échéant, aux intérêts, à la clause pénale et à ses autres accessoires (C. civ., L. III, t. XVII, art. 65)²¹⁶.

La mise en gage d'une créance peut également être partielle, pour autant que celle-ci ne soit pas indivisible (C. civ., L. III, t. XVII, art. 66)²¹⁷.

95. La loi admet la mise en gage de créances futures pourvu que celles-ci soient déterminables (C. civ., L. III, t. XVII, art. 63)²¹⁸.

Si cela se comprenait aisément dans le cadre d'un *gage de registre*, sans *dépossession*²¹⁹, la cohérence conceptuelle est moins évidente pour un *gage avec dépossession*.

96. Une créance de somme peut être donnée en gage même si la convention entre le créancier et le débiteur de cette créance s'y oppose (C. civ., L. III, t. XVII, art. 64).

Cette disposition s'inspire de la recommandation n° 24 du Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties²²⁰ et est importante par ce qu'elle ne dit pas.

La recommandation précitée considère notamment que doit être valable **entre parties** la clause d'incessibilité mais que si l'une d'elles procède néanmoins à une cession, l'autre par-

²¹⁰ Cité *supra*, note infrapaginale n° 135. « [L]a compétence attribuée au juge des saisies en matière de contentieux relatif au registre des gages déroge à la compétence de principe du président du tribunal de première instance siégeant comme en référé, visée à l'article 14 de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel. Il n'est toutefois pas dérogé pour autant à l'article 15 de la même loi » (Exposé des motifs, pp. 76-77 ; *adde* : avis du Conseil d'Etat n° 51.680/2/V du 17 août 2012, p. 106).

²¹¹ La loi ne prévoit pas ici de possibilité d'introduction par requête contradictoire.

²¹² « Art. 2337. Le gage est opposable aux tiers par la publicité qui en est faite. Il l'est également par la dépossession entre les mains du créancier ou d'un tiers convenu du bien qui en fait l'objet. Lorsque le gage a été régulièrement publié, les ayants cause à titre particulier du constituant ne peuvent se prévaloir de l'article 2276. »

²¹³ Voy. à ce sujet Rapport Sénat, p. 14.

²¹⁴ Le législateur le reconnaît d'ailleurs implicitement. Alors que le *gage de registre* suppose un écrit probatoire (C. civ., L. III, t. XVII, art. 4), le *gage avec dépossession* peut être prouvé « par toutes voies de droit » (C. civ., L. III, t. XVII, art. 40, al. 1^{er}). Le législateur a donc anticipé le fait que si les parties ont convenu d'une *dépossession*, celle-ci serait immédiate (ou du moins l'engagement du créancier sera suspendu tant que cette *dépossession* n'a pas eu lieu).

²¹⁵ Pour un dernier état de la question, voy. V. SAGAERT et R. JANSEN, *op. cit.*, T.P.R., 2012, pp. 1323-1328, n°s 121-128.

²¹⁶ Comp. C. civ., art. 1692.

²¹⁷ Il s'agit d'une innovation : Exposé des motifs, pp. 67-68.

²¹⁸ Voy. Rapport Sénat, p. 27.

²¹⁹ *Confer supra*, n° 40.

²²⁰ *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties, Terminologie et recommandations*, Publication des Nations Unies, Vienne, 2010, p. 12.

tie ne peut, pour ce seul motif, résoudre le contrat sous-jacent²²¹.

Le législateur belge n'a pas repris cette disposition. Les travaux préparatoires précisent d'ailleurs que « [s]i le créancier gagiste était au courant de la clause [d'incessibilité], il risque, dans certaines circonstances, d'être tenu responsable pour tierce-complicité à la rupture du contrat »²²².

Il s'en déduit que, dans le système adopté par le législateur belge, si une partie à un contrat méconnaît une clause de non-nantissement ou d'incessibilité, l'autre partie pourra dénoncer le contrat sous-jacent si cette clause a été déterminante de son consentement²²³.

97. Par contre, la recommandation tendait à limiter l'inopposabilité de la clause d'incessibilité ou de non-nantissement à certains types de créances. Cette limitation n'a pas été reprise par le législateur belge.

98. Lorsque l'assiette du *gage avec dépossession* est une créance, la *mise en possession*, tout comme sous l'ancien droit²²⁴, s'opère par la seule « conclusion de la convention de gage » (C. civ., L. III, t. XVII, art. 60, al. 1^{er})²²⁵, étant entendu que « [l]a mise en gage n'est opposable au débiteur de la créance gagée qu'à partir du moment où elle lui a été notifiée ou qu'il l'a reconnue ».

99. Le sort des nantissements successifs et celui du débiteur de bonne foi de la créance nantie sont régis par renvoi aux articles 1690, § 1^{er}, alinéas 3 et 4, et 1691 du Code civil (C. civ., L. III, t. XVII, art. 60, al. 2). Nous ne nous y attardons pas.

100. On rappelle²²⁶, qu'« [u]ne cession de créance à titre de sûreté confère uniquement au cessionnaire un gage sur la créance cédée »²²⁷.

²²¹. « 24. La loi devrait prévoir que (...) b) aucune disposition de la présente recommandation n'a d'incidences sur les obligations ou la responsabilité du cédant découlant de la violation de la convention mentionnée à l'alinéa a de la présente recommandation, mais l'autre partie à la convention ne peut, au seul motif de cette violation, résoudre le contrat initial ou le contrat de cession. Une personne qui n'est pas partie à une telle convention n'est pas responsable au seul motif qu'elle en avait connaissance. »

²²². *Exposé des motifs*, p. 29. *Addé* : *ibid.*, pp. 66-67.

²²³. Durant les débats au Sénat a été soulevée la question, en effet problématique, de la compatibilité de cette disposition légale nouvelle avec la déclaration faite par le gouvernement belge dans le cadre de la Convention d'Unidroit sur l'affacturage international, faite à Ottawa le 28 mai 1988 et ratifiée par la loi du 21 février 2010 (*Mon. b.*, 21 septembre 2010 ; voy. Rapport Sénat, p. 19).

²²⁴. C. civ., art. 2075.

²²⁵. Cette disposition légale ajoute « à condition qu'il dispose du pouvoir de notifier le gage au débiteur de la créance gagée » ; voy. *Exposé des motifs*, pp. 64-65.

²²⁶. *Confer supra*, n° 22.

²²⁷. C. civ., L. III, t. XVII, art. 62.

²²⁸. *Confer supra*, n° 93 et la note infrapaginale n° 214.

²²⁹. *Confer supra*, note infrapaginale n° 80.

²³⁰. Art. 25 C. comm.

²³¹. Le législateur a certes abrogé les dispositions spécifiques relatives au gage commercial (*confer supra*, n° 18), mais l'art. 25 du Code de commerce relatif au droit de la preuve subsiste, du moins pour l'instant. En vertu de l'art. 1^{er} de la loi du 5 mai 1872 portant révision des dispositions du Code de commerce relatives au gage et à la commission, était commercial « [l]e gage constitué pour sûreté d'un engagement commercial ». Cette disposition légale ayant disparu, le contrat de gage (avec ou sans *dépossession*) n'aura désormais une nature commerciale que dans les conditions de l'art. 2 du Code de commerce. Cette nature civile ou commerciale est sans incidence sur le régime de la sûreté mais conserve toute son importance sous l'angle du droit de la preuve. Sur la question de la preuve, voy. aussi *Exposé des motifs*, p. 63.

§ 2. Preuve du gage

1° Objets mobiliers corporels

101. Lorsque l'assiette du *gage avec dépossession* est un bien meuble corporel, « [l]a convention de gage peut être établie par toutes voies de droits », sous la seule réserve de l'hypothèse où le *constituant du gage* est un *consommateur* (C. civ., L. III, t. XVII, art. 40)²²⁸.

102. Lorsque le *constituant du gage* est un *consommateur*²²⁹, « il est requis pour que la convention soit **prouvée** qu'un écrit soit rédigé, selon le cas, conformément au prescrit de l'article 1325 ou de l'article 1326 » (C. civ., L. III, t. XVII, art. 40, al. 2).

A la différence du *gage de registre* (*confer supra*, n° 26), l'écrit n'est pas constitutif ici d'une *solennité* à l'accomplissement de laquelle est subordonnée la validité du gage : il ressort du libellé même de la disposition légale que l'écrit est strictement *probatoire*.

2° Créances

103. Pour la mise en gage de créances, l'article 61 C. civ. alinéa 1^{er}, L. III, t. XVII requiert l'établissement d'un écrit *probatoire*, lequel doit (i) « conten[ir] la désignation précise des créances grevées du gage et des créances garanties » et (ii) mentionner le montant maximum à concurrence duquel les secondes sont garanties par les premières.

L'écrit n'étant que probatoire, un écrit défectueux pourra être complété par toutes voies de droit en matière commerciale²³⁰ et dans les conditions des articles 1347 et suivants du Code civil²³¹ dans les autres cas.

104. Si le *constituant du gage* est un *consommateur*, l'écrit probatoire doit être « rédigé, selon le cas, conformément au

prescrit de l'article 1325 ou de l'article 1326 » et faire « clairement (...) mention du montant maximal à concurrence duquel les créances sont garanties » (C. civ., L. III, t. XVII, art. 61, al. 2).

3° Gage mixte

105. Il se peut que la créance nantie soit non une créance de somme mais une créance de livraison de biens. Dans ce cas, au moment où le créancier gagiste prendra livraison des biens en questions, le gage de créance se transformera en gage sur ces biens (C. civ., L. III, t. XVII, art. 68).

Cette prise de livraison n'a donc pas l'effet d'une manière de dation en paiement. Le bénéficiaire du gage devra poursuivre la procédure de réalisation comme si le gage avait dès l'origine porté sur les biens en question.

§ 3. Conséquences de la dépossession

106. Le gage avec dépossession, lorsqu'il porte sur des biens mobiliers corporels, présente l'essentiel des caractéristiques de l'ancien gage du Code civil. La loi nouvelle y apporte quelques précisions.

1° Le créancier gagiste comme dépositaire

107. L'article 41 c. civ., L. III, t. XVII reproduit la substance de l'article 2079 du Code civil²³² : le créancier gagiste mis en possession des biens grevés n'en devient pas le propriétaire mais n'en est que le dépositaire.

108. On sait qu'en vertu de l'article 1930 du Code civil, le dépositaire « ne peut se servir de la chose déposée, sans la permission expresse ou présumée du déposant ».

L'article 42 C. civ., L. III, t. XVII fait application de cette règle au gage avec dépossession, en réservant cependant l'hypothèse où l'usage des biens grevés « est nécessaire pour leur conservation ».

2° Le créancier gagiste en bon père de famille

109. Le créancier gagiste doit se comporter en bon père de famille²³³ et, tout comme sous l'empire de l'article 2080 du Code civil, « [l]e créancier gagiste répond, selon les règles établies au titre "Des contrats ou des obligations conventionnelles en général", de la perte ou détérioration du gage

qui serait survenue par sa négligence. Les frais payés par le créancier gagiste, utiles à la conservation et à l'entretien, y compris les charges attachées par lui au bien, doivent lui être remboursés par le constituant du gage ». (C. civ., L. III, t. XVII., art. 43, al. 2 et 3)

La seule nouveauté sous ce rapport est que « [l]e constituant du gage est habilité à inspecter les biens à tout moment » (C. civ., L. III, t. XVII., art. 43, al. 4), disposition qui reproduit en miroir la disposition correspondante du gage de registre²³⁴.

3° Le devoir de séparation lorsque l'assiette du gage est constituée de choses fongibles

(A) Le principe et les aménagements conventionnels

110. Le législateur a imposé au créancier gagiste un « [d]evoir de séparation » : si les biens mis en gages sont des choses de genre, le créancier doit les isoler et éviter toute confusion avec des choses du même genre (C. civ., L. III, t. XVII, art. 44).

111. La loi prévoit que les parties peuvent déroger au devoir de séparation.

Ce serait une erreur de penser qu'en raison du déséquilibre courant dans la négociation entre créancier et débiteur, le premier stipulera couramment cette dérogation. La loi nouvelle abroge la loi du 18 novembre 1862 portant institution du système des warrants²³⁵. Si le mot disparaît, l'intérêt pour la chose subsiste : les parties qui le souhaitent pourront continuer à confier des marchandises spécifiées et nanties à un tiers gardien. Et il sera de l'intérêt bien compris des trois parties en présence – constituant, bénéficiaire et tiers gardien – que celui-ci assume le devoir de séparation.

(B) Conséquences de la confusion

112. Si – sur la base de la convention ou en raison du comportement fautif du créancier gagiste (ou du tiers gardien) –, les choses de genres nanties ont été confondues avec d'autres, « le créancier gagiste doit, à l'expiration de la convention de gage, restituer au constituant du gage la même quantité de choses de même nature ».

Le texte de l'article 44 C. civ., L. III, t. XVII, est inspiré de l'article 2341 du Code civil²³⁶ français mais s'en distingue à première vue par la sanction. Selon le droit français, si le créancier ne s'est pas conformé à ce que la loi belge appelle

²³² En ce compris la référence à la notion de dépôt. Le texte légal est clair. Le législateur n'a donc pas entériné la critique faite par H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VI, Bruxelles, Bruylant, 1953, p. 1107, n° 1085.

²³³ L'art. 43, al. 1^{er}, C. civ., L. III, t. XVII parle du « bon créancier gagiste », ce qui est la même chose : *confer supra*, note infrapaginale n° 106.

²³⁴ *Confer supra*, n° 40.

²³⁵ *Confer supra*, n° 18.

²³⁶ « Art. 2341. Lorsque le gage avec dépossession a pour objet des choses fongibles, le créancier doit les tenir séparées des choses de même nature qui lui appartiennent. A défaut, le constituant peut se prévaloir des dispositions du premier alinéa de l'article 2344. Si la convention dispense le créancier de cette obligation, il acquiert la propriété des choses gagées à charge de restituer la même quantité de choses équivalentes. »

le *devoir de séparation*, « le constituant peut réclamer la restitution du bien gagé, sans préjudice de dommages-intérêts »²³⁷, ceci « sans que le débiteur perde le bénéfice du terme »²³⁸. La solution est en réalité la même en droit belge. Nous y revenons ci-après lorsqu'il sera question du *droit de rétention du créancier gagiste*²³⁹.

113. Si la finalité de la sûreté qu'est le gage est de prémunir le *créancier gagiste* contre l'insolvabilité du débiteur, il se peut que, paradoxalement, ce soit ce créancier lui-même qui soit un jour l'objet d'une procédure d'insolvabilité²⁴⁰.

Si, en pareil cas, le *constituant du gage* n'est pas lui-même en défaut de paiement, trois situations peuvent se présenter.

Dans une première hypothèse, les biens nantis sont bien identifiés dans le patrimoine du créancier. Dans ce cas, le *constituant du gage* pourra les récupérer dès qu'il aura lui-même rempli toutes ses obligations. Il échappera au concours des créanciers de son créancier. C'est là la juste application de l'article 103 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, en vertu duquel « [p]euvent être (...) revendiquées, aussi longtemps qu'elles existent en nature, en tout ou en partie, les marchandises consignées au failli à titre de *dépôt*²⁴¹ ».

Deuxièmement, il se peut que les biens nantis ne soient plus identifiables en tant que tels dans le patrimoine du créancier failli mais qu'il reste une quantité suffisante de choses de même genre pour permettre une restitution au(x) *constituant(s)* du (ou des) gage(s). Dans ce cas, « les biens présents à ce moment sont réputés être les biens grevés du gage à concurrence de la quantité grevée du gage ». Il s'agit là d'une présomption irréfragable défavorable aux créanciers du créancier failli.

Enfin, lorsqu'il existe un ensemble de biens de même genre mais qu'ils ne sont pas en quantité suffisante pour permettre la restitution de l'ensemble des gages existants, un concours s'opère entre les différents *constituants*, lesquels récupéreront une quantité de biens proportionnelle à leur créance de

restitution. Ce régime de concours spécifique sur une catégorie de biens déterminés peut se réclamer de précédents en droit financier²⁴².

(C) Le cas particulier du gage-espèces

114. Lorsque l'assiette du gage est constituée d'*espèces*, et sauf le cas exceptionnel où celles-ci auront été individualisées, par exemple par leur numéro d'identification, la remise des *espèces* au *créancier gagiste* aura nécessairement pour conséquence que ces *espèces* seront confondues avec – ou du moins cesseront d'être identifiables dans – le patrimoine du *créancier gagiste*²⁴³.

Dans une telle situation, le *créancier gagiste* devient en réalité *propriétaire* des *espèces* dont il disposera librement. Si le contrat de gage s'achève sans que la sûreté ait dû être réalisée, le *créancier gagiste* devra « restituer au constituant du gage un montant équivalent dans les mêmes devises » (C. civ., L. III, t. XVII, art. 59, al. 1^{er}). Dans ce dernier cas, conformément au droit commun (C. civ., art. 1146), à moins que les parties n'en aient convenu autrement, le créancier ne sera tenu d'intérêts de retard sur le remboursement des espèces nanties « qu'après avoir été mis en demeure » (C. civ., L. III, t. XVII, art. 59, al. 2).

4° Le droit de rétention du créancier gagiste²⁴⁴

115. L'article 45 C. civ., L. III, t. XVII reproduit la substance de l'article 2082, alinéa 1^{er}, du Code civil en garantissant au *créancier gagiste* un *droit de rétention* jusqu'à apurement de la *créance garantie* en principal, intérêts et accessoires.

116. Sous l'ancien droit, le *constituant* du gage pouvait en réclamer la restitution si le détenteur du gage en abusait. Dans ce cas, « [l]a *créance garantie* [devenait] *chirographaire* »²⁴⁵.

Cette sanction est maintenue par la loi nouvelle, pour autant

²³⁷. Art. 2344 C. civ. fr.

²³⁸. M. CABRILLAC, Chr. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PÉTEL, *Droit des sûretés*, op. cit., p. 566, n° 754.

²³⁹. *Confer infra*, n° 116.

²⁴⁰. L'art. 44, alinéa 3, C. civ., L. III, t. XVII, vise une « *une faillite ou toute autre situation de concours* ». On connaît le débat cornélien sur la notion de concours confrontée aux diverses situations visées par la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises sur cette question. Voy. e.a. I. VEROUGSTRÆTE, J.-Ph. LEBEAU, M. DE WOLF, B. INGHELS, L. BIHAIN, O. BERTIN, W. DAVID, Ph. JEHASSE, L. DU JARDIN, J.-P. RENARD et V. RENARD, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Wolters Kluwer Belgium, 2011, pp. 157-159, nos 2.5.2.1-2.5.2.3, qui concluent à l'absence de concours. Dans le même sens, Liège, 24 janvier 2012, *J.L.M.B.*, 2012/29, p. 1376 ; *N.J.W.*, 2012, p. 392, n° 263, note P. HANNES ; M. VANMEENEN, « De wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van ondernemingen », *R.W.*, 2008-09, n° 31, p. 1317, n° 92, *in fine* et la note infrapaginale n° 227 ; A. ZENNER, J.-Ph. LEBEAU et C. ALTER, *La loi relative à la continuité des entreprises à l'épreuve de sa première pratique*, *Dossiers J.T.*, n° 76, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 143-145, n° 104. Comp. J. WINDEY, « La loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises », *J.T.*, 2009, pp. 243-244, nos 29-31. Voy. aussi E. DIRIX, « De *paritas*-regel en het reorganisatieplan » (note sous Anvers, 30 juin 2011), *R.W.*, 2011-12, n° 12, p. 575, n° 2 ; M. GRÉGOIRE, « Trop de répartiteur tue les répartitions » (note sous Comm. Liège, 12 août 2010), *R.D.C.*, 2011, 246-247, n° 17 ; V. SAGAERT et R. JANSSEN, op. cit., *T.P.R.*, 2012, pp. 1265-1275, nos 44-52. *Adde* : projet de loi modifiant diverses législations en matière de continuité d'entreprises, *Exposé des motifs*, *Doc. parl.*, Chambre, 2012-13, n° 2692/001, p. 9.

²⁴¹. *Confer supra*, n° 107.

²⁴². Voy. *Exposé des motifs*, p. 24 ; art. 12 de l'arrêté royal n° 62 coordonné relatif au dépôt d'instruments financiers fongibles et à la liquidation d'opérations sur ces instruments ; art. 242, § 2, 471, al. 2 et 3, 503, § 2, C. soc. *Adde* art. 8 et s. de la loi du 2 janvier 1991 relative au marché des titres de la dette publique et aux instruments de la politique monétaire.

²⁴³. Voy. *Exposé des motifs*, p. 64.

²⁴⁴. Voy. M. GRÉGOIRE, « L'opposabilité du droit de rétention bénéficiant au créancier gagiste », *R.D.C.*, 2012, 421-427.

²⁴⁵. H. DE PAGE, op. cit., t. VI, p. 1108, n° 1085.

qu'elle constitue un *manquement manifeste* par le créancier à ses obligations à l'égard des biens nantis.

117. Contrairement aux dispositions originaires du Code civil²⁴⁶, le *droit de rétention* du créancier gagiste ne couvre plus l'éventuelle nouvelle dette, contractée postérieurement à la dette garantie mais venue à échéance avant elle.

§ 4. La réalisation du gage avec dépossession

118. La procédure de réalisation du *gage avec dépossession* est, en règle, la même que celle du *gage de registre*²⁴⁷, sous deux réserves cependant.

1° Le gage-espèces

119. Lorsque l'assiette du gage est constituée d'*espèces*²⁴⁸, si le débiteur reste en défaut de payer la *créance garantie*, il n'y aura pas de procédure de réalisation proprement dite mais le *bénéficiaire du gage* compensera sa dette de restitution avec la *créance garantie* (C. civ., L. III, t. XVII, art. 59, al. 3).

S'il reste un disponible, celui-ci devra être restitué au *constituant du gage*.

2° Gage sur créances

120. En cas de nantissement de créances, et à moins que les parties n'en aient convenu autrement, le *créancier gagiste* peut procéder à leur recouvrement par voie tant extrajudiciaire que judiciaire, comme s'il était lui-même le créancier direct du débiteur de la créance gagée, le solde éventuel étant reversé au *constituant du gage* (C. civ., L. III, t. XVII, art. 67, al. 1 et 2).

En cas de pluralité de *créanciers gagistes*, seul celui ayant le rang le plus élevé dispose du pouvoir de recouvrement (C. civ., L. III, t. XVII, art. 67, al. 3).

121. Si, au moment où le *créancier gagiste* entend réaliser sa sûreté, un autre créancier a déjà procédé à une voie d'exécution sur la créance engagée, singulièrement par le moyen d'une saisie-arrêt exécution, le tiers-saisi devra vider ses mains entre celles de l'huissier instrumentant qui procèdera alors à une distribution conformément aux articles 1627 et suivants du Code judiciaire (C. civ., L. III, t. XVII, art. 67, al. 4).

Cette même procédure sera appliquée si, au moment où le *créancier gagiste*, entend réaliser sa sûreté, un autre créancier a opéré une saisie-arrêt conservatoire sur la *créance gagée*. Dans ce cas, l'exécution du gage a l'effet singulier de transformer la saisie-arrêt conservatoire en saisie-arrêt exécution.

122. Il se peut qu'au moment où un tiers procède à une mesure conservatoire ou à une mesure d'exécution sur la *créance gagée*, la *créance garantie* ne soit pas encore exigible. L'huissier instrumentant n'en versera pas moins au *bénéficiaire du gage* le montant correspondant à sa sûreté, à charge pour ce bénéficiaire de verser ce montant « *sur un compte bancaire distinct ouvert à cet effet, avec l'obligation de verser le solde au constituant du gage lorsque la créance garantie a été exécutée* » (C. civ., L. III, t. XVII, art. 67, al. 5)²⁴⁹.

Il en ira de même si, indépendamment de toute mesure prise à l'initiative d'un tiers, le bénéficiaire du gage sur une somme créance est amené à percevoir celle-ci avant que la *créance garantie* ne vienne à échéance.

CHAPITRE III. GÉNÉRALISATION DE LA VALIDITÉ DE LA CLAUSE DE RÉSERVE DE PROPRIÉTÉ

Section 1. Opposabilité controversée puis validation partielle par le législateur de 1997

123. En règle²⁵⁰, il y a transfert de propriété dès qu'un acheteur et un vendeur sont d'accord sur la chose vendue et sur le prix d'achat/vente²⁵¹. Il s'agit cependant là d'un mécanisme

de droit supplétif, auquel les parties peuvent déroger.

Pendant des décennies, une jurisprudence et une littérature abondantes ont traité de l'opposabilité aux tiers de clauses suspendant le transfert de propriété jusqu'à paiement effectif du prix²⁵².

²⁴⁶. Art. 2082.

²⁴⁷. *Confer supra*, n^{os} 62 et s.

²⁴⁸. *Confer supra*, n^o 107.

²⁴⁹. L'huissier de justice ayant vidé ses mains, il est déchargé de sa mission. S'il y a un espoir que la sûreté laissera un solde disponible, les créanciers du constituant du gage n'auront d'autre possibilité que de procéder à une nouvelle saisie, cette fois entre les mains du *créancier gagiste* sur la créance de restitution du *constituant du gage*.

²⁵⁰. Sur les particularités des ventes commerciales, voy. cependant J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. III, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1981, pp. 490 et s., n^{os} 647 et s., spécialement pp. 521-527, n^{os} 673-674.

²⁵¹. C. civ., art. 1583 et 1589.

²⁵². Voy. e.a. L. SIMONT, « Essai de classification des sûretés issues de la pratique et problèmes juridiques qu'elles posent », in *Les sûretés*, Colloque de Bruxelles des 20 et 21 octobre 1983, Paris, Feduci, 1984, pp. 281-283 ; P. VAN OMMESLAGHE, « Les sûretés nouvelles issues de la pratique. Développements récents », in *Le droit des sûretés*, Bruxelles, Editions du Jeune Barreau, 1992, pp. 381-382.

124. Lors de la réforme des procédures d'insolvabilité en 1997²⁵³, le législateur était intervenu de façon ponctuelle pour valider, moyennant le respect de certaines conditions, l'opposabilité aux tiers de la *clause de réserve de propriété* en cas de faillite de l'acheteur²⁵⁴.

Puisque, par définition, le vendeur restait propriétaire de la chose vendue, son but, en mettant en œuvre sa sûreté, n'était pas, prioritairement, de réaliser l'assiette de sa sûreté, mais bien d'en recouvrer la *possession*. La mise en œuvre d'une clause de réserve de propriété prenait dès lors la forme non d'une saisie mais d'une action en revendication.

Section 2. Extension de l'opposabilité de la clause de réserve de propriété par le législateur de 2013

125. Dans un souci de rationalisation, le législateur de 2013 généralise la validité de la *clause de réserve de propriété* « pour autant que cette clause ait été établie par écrit au plus tard au moment de la délivrance des biens ». L'article 69, alinéa 1^{er}, C. civ., L. III, t. XVII reproduit la substance de l'article 101, alinéa 2, 1^{ère} phrase, de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, en le délestant de ce qui le rattachait spécifiquement au droit de la faillite²⁵⁵.

Le second alinéa de cette disposition nouvelle ajoute que « [s]i l'acheteur est un consommateur(...) l'accord de l'acheteur doit apparaître de l'écrit », de sorte que, dans ce cas, la simple existence d'une facture non contestée ne suffira pas.

126. Le législateur précise, en un texte nouveau, que « [l]e droit de revendication en vertu d'une clause de réserve de propriété peut être exercé quelle que soit la nature du contrat dans lequel il est repris ».

Le droit de revendication résultant d'une clause de réserve de propriété est ainsi étendu à des opérations ne consistant pas strictement en un transfert de propriété d'une chose mobilière moyennant le paiement – différé – d'un prix. Il s'applique, entre autres, aussi « en matière de contrats d'entreprise qui englobent des livraisons de bien »²⁵⁶ ainsi qu'en cas d'échange ou d'apport²⁵⁷.

Section 3. La clause de réserve de propriété comme sûreté réelle conventionnelle occulte

127. Dès lors que la *clause de réserve de propriété* s'apparente à un *gage de registre (sans dépossession)* – la cession de la créance emporte d'ailleurs cession de la *sûreté*²⁵⁸ – la loi nouvelle (C. civ., L. III, t. XVII, art. 70) lui rend applicables les dispositions examinées ci-dessus en matière de subrogation réelle²⁵⁹, de transformation²⁶⁰ et de confusion^{261,262}. Se trouve ainsi mise en œuvre pour la *clause de réserve de propriété* l'approche fonctionnelle que le législateur a voulu appliquer aux institutions ayant une fonction de sûreté réelle (*confer infra*, n° 129).

128. Appliquant la volonté du législateur de ramener à la portée d'un *gage* tout mécanisme ayant eu pour effet de constituer une *sûreté réelle mobilière*²⁶³, l'article 72 C. civ., L. III, t. XVII, dispose que « [l]e vendeur impute la valeur du bien repris sur sa créance. Si cette valeur excède le montant de la créance, le vendeur²⁶⁴ est tenu de verser le solde à l'acheteur ».

129. Alors pourtant qu'elle se trouve assimilée à une véritable *sûreté réelle mobilière* conventionnelle, la *clause de réserve de propriété* n'est soumise à aucune forme de publicité, même minimale.

Cette absence de publicité est justifiée de la façon suivante :

²⁵³. Voy. *Exposé des motifs*, p. 30.

²⁵⁴. Voy. e.a. K. BYTTEBIER et K. HENDRICKX, *op. cit.*, pp. 429-435, n°s 446-450 ; E. DIRIX et R. DE CORTE, *op. cit.*, pp. 406-429, n°s 586-613 ; M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière ...*, *op. cit.*, pp. 665-692, n°s 1587-1636 ; M. GRÉGOIRE, « Questions liées à l'invocation d'une clause de réserve de propriété », in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 465-495 ; V. SAGAERT et R. JANSSEN, *op. cit.*, *T.P.R.*, 2012, pp. 1365-1379, n°s 175-199 ; F. T'KINT, *Sûretés*, *op. cit.*, pp. 252-255, n°s 494-495 ; I. VEROUGSTRAEDE, J.-Ph. LEBEAU, M. DE WOLF, B. INGHELS, L. BIHAIN, O. BERTIN, W. DAVID, Ph. JEHASSE, L. DU JARDIN, J.-P. RENARD et V. RENARD, *op. cit.*, pp. 642-646, n°s 3.7.5.6-3.7.5.20. Voy. aussi Cass., 7 mai 2010, R.G. n° C.09.0317.F, *Pas.*, n° 321, p. 1422, avec les conclusions de M. l'avocat général Th. WERQUIN ; *R.W.*, 2011-2012, n° 5, p. 271, note M.E. STORME, *R.D.C.B.*, 2011, n° 6, p. 550, note A. GIGOT.

²⁵⁵. L'art. 101, alinéa 2, de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, est abrogé (loi du 11 juillet 2013, art. 106). Voy. aussi Cass., 25 septembre 2006, R.G. n° C.05.0554.F, *Pas.*, 2006, n° 434, p. 1831.

²⁵⁶. Rapport Sénat, p. 3. *Adde* : *ibid.*, pp. 18 et 26 ; Rapport Chambre I, p. 31.

²⁵⁷. Rapport Chambre I, pp. 31-32 et Rapport Chambre II, p. 10 *juncto* p. 8.

²⁵⁸. Rapport Sénat, p. 19.

²⁵⁹. C. civ., L. III, t. XVII, art. 9. *Confer supra*, n° 42.

²⁶⁰. C. civ., L. III, t. XVII, art. 18. *Confer supra*, n° 43.

²⁶¹. C. civ., L. III, t. XVII, art. 20. *Confer supra*, n° 45.

²⁶². Est donc abandonnée la disposition ancienne de l'art. 101, alinéa 2, 2^e et 3^e phrases, de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, en vertu de laquelle, pour que la *clause de réserve de propriété* puisse être invoquée, les biens qui en faisaient l'objet « d[evai]ent se retrouver en nature chez le débiteur. Ainsi, ils ne peuvent être devenus immeubles par incorporation ou être confondus à un autre bien meuble ». Voy. *Exposé des motifs*, pp. 30-31 ; V. SAGAERT, « Het 'in natura'-vereiste bij eigendomsvoorbehoud : de gevolgen van de bewerking, vermenging en wederverkoop » (note sous Bruxelles, 19 novembre 2002), *R.D.C.*, 2003/9, pp. 773-781.

²⁶³. *Confer supra*, n° 22.

²⁶⁴. Sont assimilées à la vente, les autres opérations à titre onéreux ayant pour objet un transfert de propriété comme un échange ou un apport (Rapport Chambre II, p. 10 *juncto* p. 8).

certes « [c]onformément à l'approche fonctionnelle, telle qu'elle a été établie par les consignes législatives de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, les nouvelles règles proposées visent à soumettre le plus possible la réserve de propriété à des règles qui correspondent étroitement à celles qui régissent le système des droits de sûreté. Toutefois, dans cette approche, l'inscription dans le registre n'est pas obligatoire, compte tenu du fait qu'une telle obligation n'existe pas dans les pays voisins »²⁶⁵. Cependant, « l'enregistrement de la réserve de

propriété reste (...) possible. »²⁶⁶. Cet enregistrement sera d'ailleurs indispensable si le vendeur veut se prémunir contre une perte de sa sûreté en cas d'immobilisation par incorporation (C. civ., L. III, t. XVII, art. 71)²⁶⁷.

130. La clause de réserve de propriété étant désormais, sans contestation possible, une *sûreté réelle* au sens légal du terme²⁶⁸, le contrôle de sa mise en œuvre relève de la compétence matérielle que le juge de saisies puise dans l'article 1395, alinéa 3²⁶⁹, du Code judiciaire.

CHAPITRE IV. LE DROIT DE RÉTENTION

Section 1. Intervention limitée du législateur

131. On connaît les controverses auxquelles a donné lieu le droit de rétention. Celui-ci doit-il être prévu par une disposition légale spécifique ou bien est-il constitutif d'un principe général du droit des obligations? Peut-il faire l'objet d'aménagements contractuels? Une fois admise l'existence d'un droit de rétention, celui-ci donne-t-il un droit de préférence au rétenteur? ...²⁷⁰.

Le législateur de 2013 ne s'est pas donné pour « objectif (...) de régler toute la théorie du droit de rétention, car elle relève du droit des obligations auquel aucune modification n'est apportée »²⁷¹, mais il en a fixé la portée et l'a érigé en *sûreté réelle*.

Section 2. Conditions d'exercice

132. La loi nouvelle circonscrit le droit de rétention²⁷² en fixant « les conditions à remplir pour faire naître un droit de rétention : 1) remise d'une chose au créancier par le débiteur ; 2) lien étroit entre cette chose et la créance »²⁷³.

Le texte met donc l'accent sur le nécessaire lien de *connexité* entre le bien retenu et la créance du rétenteur.

133. Le droit de rétention ne s'expose pas à la même critique négative que la *clause de réserve de propriété*, laquelle est devenue la seule *sûreté réelle mobilière* conventionnelle qui n'est soumise à aucune forme de publicité, même minimale²⁷⁴. Le droit de rétention repose sur la *possession* du bien grevé par le créancier bénéficiaire. D'ailleurs, si celui-ci s'en dessaisit volontairement, il perd le bénéfice de son droit de rétention, à moins qu'il ne « retrouve cette détention dans le cadre du même rapport juridique »²⁷⁵ (C. civ., L. III, t. XVII, art. 74).

Section 3. Opposabilité

134. Reposant sur la position de force que constitue la *possession*, le droit du rétenteur est opposable non seulement, par définition, au débiteur de la créance garantie par le droit de rétention, mais également aux créanciers de ce dernier ainsi qu'à tout tiers ayant acquis sur l'assiette du droit de rétention un droit postérieur à la naissance dudit droit (C. civ., L. III, t. XVII, art. 75, al. 1^{er}).

135. Pour les biens mobiliers corporels, ce droit de rétention sera même opposable « aux tiers ayant un droit plus ancien, à condition qu'au moment de la réception du bien, le créancier²⁷⁶ ait pu supposer que le débiteur disposait du

²⁶⁵. Rapport Chambre I, p. 7 ; voy. aussi *ibid.*, p. 13. Comp. pourtant *Exposé des motifs*, p. 18.

²⁶⁶. *Exposé des motifs*, p. 18.

²⁶⁷. Cet enregistrement n'est pas nécessaire pour assurer la subsistance de l'opposabilité de la *clause de réserve de propriété* en cas d'immobilisation par destination (*Exposé des motifs*, p. 70).

²⁶⁸. *Exposé des motifs*, pp. 18, 30 et 71. Voy. aussi Rapport Chambre I, p. 13.

²⁶⁹. A moins que ce ne soit l'alinéa 2 ? *Confer supra*, n° 82.

²⁷⁰. Voy. e.a. E. DIRIX, « De tegenwerpelijke van het retentierecht » (note sous Cass., 16 juin 1995), *R.D.C.*, 1996, pp. 219-225 ; E. DIRIX et R. DE CORTE, *op. cit.*, pp. 370-380, n°s 542-552 ; Fr. GEORGES, « Observations sur le droit de rétention et la saisie conservatoire » (note sous Civ. Liège (réf.), 21 décembre 1994), *Act. dr.*, 1996/1-2, pp. 159-172 ; M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière ...*, *op. cit.*, pp. 717-735, n°s 1682-1703 ; I. MOREAU-MARGÈVE, *op. cit.*, pp. 225-229 ; V. SAGAERT et R. JANSEN, *op. cit.*, *T.P.R.*, 2012, pp. 1282-1287, n°s 63-71 ; A.-M. STRANART, « Les sûretés réelles traditionnelles. Développements récents », in *Le droit des sûretés*, Bruxelles, Editions du Jeune Barreau, 1992, pp. 71-78 ; F. T'KINT, *Les sûretés*, *op. cit.*, pp. 95-101, n°s 171-182.

²⁷¹. Rapport Sénat, p. 20. Voy. aussi *Exposé des motifs*, pp. 32 et 72-73 ; Rapport Chambre I, p. 32.

²⁷². C. civ., L. III, t. XVII, « Art. 73. Notion. Le droit de rétention confère au créancier le droit de suspendre la restitution d'un bien qui lui a été remis par son débiteur ou qui est destiné à son débiteur tant que sa créance relative à ce bien n'est pas exécutée. »

²⁷³. Rapport Sénat, p. 20. Le Rapport poursuit : « Au lieu de donner une définition, on a choisi d'énoncer les conséquences. »

²⁷⁴. *Confer supra*, n° 129.

²⁷⁵. Ces mots soulignent, si besoin en était, le nécessaire lien de *connexité* qui doit exister entre la créance du rétenteur et l'objet du droit de rétention.

²⁷⁶. Il s'agit du rétenteur.

pouvoir pour soumettre ce bien à un droit de rétention » (C. civ., L. III, t. XVII, art. 75, al. 2).

Cette approche correspond à la jurisprudence la plus récente de la Cour de cassation. La cour d'appel de Gand avait écarté l'opposabilité du droit de rétention au *versus dominus*, le débiteur du rétenteur n'étant pas propriétaire des biens sur lequel le droit de rétention était exercé. La Cour de cassation casse cet arrêt au motif que la cour d'appel ne pouvait aboutir à sa conclusion « sans vérifier si [le rétenteur], ainsi qu'[il] le prétendait, ne pouvait croire à la capacité de son débiteur de conclure des conventions susceptibles de donner lieu à l'exercice d'un droit de rétention »²⁷⁷. Le rétenteur n'en devient pas pour autant un créancier gagiste. Il n'en a donc pas les attributs. En particulier, la réalisation de l'assiette de sa sûreté suppose qu'il obtienne d'abord un titre exécutoire.

Section 4. Droit de préférence

136. En vertu de l'article 76, C. civ., L. III, t. XVII, le réten-

teur bénéficie désormais²⁷⁸ du même droit de préférence qu'un créancier gagiste.

Le rétenteur n'en devient pas pour autant un créancier gagiste. Il n'en a donc pas les attributs. En particulier, la réalisation de l'assiette de sa sûreté suppose qu'il obtienne d'abord un titre exécutoire.

137. La loi ne prévoit pas de mode de réalisation spécifique.

Dès lors, de trois choses l'une :

- soit un autre créancier du débiteur, titulaire ou non d'une sûreté réelle sur le ou les bien(s) retenu(s), provoque une procédure de réalisation sur laquelle se greffera le droit de préférence du rétenteur ;
- soit le débiteur fait l'objet d'une procédure d'insolvabilité dans le cadre de laquelle le rétenteur fera valoir son droit ;
- soit c'est le rétenteur lui-même qui sera amené à provoquer la réalisation, auquel cas il devra s'en remettre au droit commun qui suppose l'obtention préalable d'un titre exécutoire.

CHAPITRE V. LE DROIT DU SOUS-TRAITANT

Section 1. Maintien des droits préférentiels des sous-traitants

138. Le législateur de 2013 a certes réécrit en profondeur le droit des sûretés réelles mobilières conventionnelles, mais il a échoué dans le souhait qu'avaient les auteurs du projet original de mettre de l'ordre de manière plus générale dans le système des sûretés réelles mobilières au sens large, c'est-à-dire en ce compris les privilèges.

La loi nouvelle est néanmoins l'occasion de gommer les apories les plus manifestes dans la lecture que fait la pratique de l'article 1798 du Code civil (*action directe du sous-traitant*) et du privilège du sous-traitant (art. 20, 12°, de la loi hypothécaire)²⁷⁹.

Section 2. Extension du champ d'application *ratione personae* du privilège et confirmation du champ d'application réduit *ratione temporis* de l'action directe

139. Le champ d'application *ratione personae* de l'article 1798 du Code civil et de l'article 20, 12°, de la loi hypothécaire sont désormais les mêmes.

Alors que, jusqu'à présent, le privilège du sous-traitant profitait au seul entrepreneur de travaux immobiliers²⁸⁰, il visera dorénavant tous les cas de sous-entreprise²⁸¹.

140. Une heureuse distinction – *ratione temporis* – subsiste²⁸² cependant entre les deux institutions : l'action directe

²⁷⁷. Cass., 15 septembre 2011, R.G. n° C.10.0392.N, *Pas.*, 2011, n° 471, p. 1946 ; *Arr. Cass.*, 2011, n° 471, p. 1796.

²⁷⁸. L'*Exposé des motifs* qualifie cette disposition de « nouveauté importante » (*Exposé des motifs*, p. 72).

²⁷⁹. Voy. e.a K. BYTTEBIER et K. HENDRICKX, *op. cit.*, pp. 464-468, n°s 493-498 ; E. DIRIX et R. DE CORTE, *op. cit.*, pp. 200-203, n°s 292-298 et pp. 393-402, n°s 567-578 ; M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière ...*, *op. cit.*, pp. 342-368, n°s 817-856 ; Fr. GEORGES, « De quelques problèmes posés par l'action directe de l'article 1798 du Code civil » (note sous Liège, 23 mai 1996), *J.L.M.B.*, 1997, pp. 600-607 ; Fr. GEORGES, « L'action directe du sous-traitant privée d'effet par une saisie-arrêt antérieure » (note sous Cass., 20 janvier 2012), *J.L.M.B.*, 2013/18, pp. 974-975 ; M. GRÉGOIRE, « La double protection du sous-traitant de travaux immobiliers » (note sous Cass., 21 décembre 2001, 22 mars 2002, 27 mai 2004, 23 septembre 2004 et 25 mars 2005), *R.C.J.B.*, 2005, pp. 481-548 ; V. SAGAERT, « De uitoefening van een (onvolmaakte) rechtstreekse vordering : de kennisgeving aan de onderschuldenaar als peildatum », *R.W.*, 2010-11, n° 24, pp. 998-1001 ; V. SAGAERT et R. JANSEN, *op. cit.*, *T.P.R.*, 2012, pp. 1345-1357, n°s 147-163 ; F. T'KINT, *Sûretés*, *op. cit.*, pp. 268-271, n°s 517-519 ; I. VEROUGSTRAETE, J.-Ph. LEBEAU, M. DE WOLF, B. INGHELS, L. BIHAIN, O. BERTIN, W. DAVID, Ph. JEHASSE, L. DU JARDIN, J.-P. RENARD et V. RENARD, *op. cit.*, pp. 166-167, n° 2.5.2.12 et pp. 664-665, n° 3.7.6.19.

²⁸⁰. *Exposé des motifs*, p. 73.

²⁸¹. Le ministre de la justice n'a pas voulu d'un amendement déposé assez tard dans la discussion et tendant pourtant à corriger – en partie – une confusion dans la terminologie utilisée. En effet, le texte néerlandais des dispositions légales en question continuent à parler du *bouwheer*, alors qu'il eût été préférable de parler de l'*opdrachtgever* (Rapport Chambre II, pp. 11-12 ; voy. aussi Rapport Sénat, p. 21). L'usage du mot *maitre de l'ouvrage* dans les textes français est d'ailleurs aussi un pis-aller.

²⁸². Voy. l'état de la question fait par M. le procureur général J.-Fr. LECLERCQ dans ses conclusions avant Cass., 20 janvier 2012, R.G. n° C.10.0135.F, *Pas.*, 2012/1, n° 60, p. 165.

du sous-traitant ne peut être intentée qu'avant l'ouverture de tout *concour*s²⁸³.

Une fois qu'un *concour*s est né, le sous-traitant doit faire valoir ses droits sous la forme d'une créance privilégiée.

Section 3. Amélioration du sort du maître de l'ouvrage

141. L'article 1798 du Code civil est complété en ce sens que désormais, le maître de l'ouvrage ne sera pas abandonné, des années durant, entre le marteau et l'enclume que sont le sous-traitant et l'entrepreneur général.

Désormais, sans même avoir à demander l'avis de l'un ou de l'autre, le maître de l'ouvrage, confronté à un désaccord entre l'entrepreneur général et le sous-traitant de celui-ci, pourra consigner les sommes, objet du litige, à la Caisse des

dépôts et consignations, à moins que, dans l'attente d'une solution au litige, l'entrepreneur et le sous-traitant ne s'entendent pour verser cette somme sur un compte à leurs deux noms bloqué auprès d'un établissement financier (art. 1798, al. 3, nouveau, C. civ.²⁸⁴).

142. Par contre, de façon beaucoup moins heureuse, la loi nouvelle précise que le maître de l'ouvrage est tenu de procéder à la consignation « *si l'entrepreneur principal ou le sous-traitant l'y invite par écrit* ».

Il s'agit là d'une approche insuffisamment nuancée, source de nouveaux litiges. Il est possible que quelque chose soit encore dû par le maître de l'ouvrage mais que le *quantum* de ce *quelque chose* soit contesté. La raison commande dès lors de comprendre la disposition nouvelle en ce sens que le maître de l'ouvrage ne sera contraint de consigner que l'incontestablement dû.

CHAPITRE VI. ENTRÉE EN VIGUEUR ET DISPOSITIONS TRANSITOIRES

Section 1. Entrée en vigueur

143. La loi nouvelle entrera « *en vigueur à une date à fixer par le Roi, mais au plus tard le 1^{er} décembre 2014* ».

Cependant, « [I]e Roi peut fixer une date d'entrée en vigueur antérieure (...) [au 1^{er} décembre 2014] pour chacune [des] dispositions de la [loi du 11 juillet 2013] » (loi du 11 juillet 2013, art. 109 ; *adde* : loi du 24 juin 2013, art. 4²⁸⁵).

Section 2. Dispositions transitoires

§ 1. Les sûretés réelles mobilières légales

144. La loi nouvelle ne prévoit aucune disposition transitoire pour les modifications, certes marginales²⁸⁶, apportées aux *sûretés réelles mobilières* légales que sont les *privilèges*.

Le professeur E. DIRIX s'en est expliqué en commission de la justice du Sénat : « [L]e droit transitoire en matière de *sûreté* prévoit que c'est le droit en vigueur au moment du *concour*s²⁸⁷ qui s'applique. Ainsi, par exemple, en cas de faillite, on appréciera à la date de la faillite si le créancier dispose d'un privilège ou d'une *sûreté*. Il n'est dès lors pas

nécessaire de prévoir de régime transitoire pour de telles sûretés puisque le créancier conserve ses droits »²⁸⁸.

Par exemple, en cas de *concour*s postérieur à l'entrée en vigueur de la loi du 11 juillet 2013, les sous-traitants, même autres que ceux ayant effectué des travaux à un immeuble, seront privilégiés pour l'ensemble de leur créance, quelle que soit la date à laquelle cette créance est née.

§ 2. Les sûretés réelles mobilières conventionnelles

1° Les sûretés avec dépossession

145. Dès lors que, même sous l'empire de la loi nouvelle, la date de la *dépossession* permet de déterminer le rang des *sûretés réelles mobilières* conventionnelles²⁸⁹, les dispositions transitoires pouvaient être réduites à la portion congrue²⁹⁰. En effet, tous les gages constitués sous l'empire des articles 2071 et suivants du Code civil et de la loi du 5 mai 1872 relative au gage commercial restent opposables sous l'empire de la loi nouvelle avec effet à la date de la *mise en possession* du créancier.

²⁸³. Sur la notion de *concour*s confrontée à la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises, *confer supra*, note infrapaginale n° 240.

²⁸⁴. Loi du 11 juillet 2013, art. 90.

²⁸⁵. Cette dernière disposition se contente d'énoncer que « [I]a présente loi entre en vigueur le jour de l'entrée en vigueur de la loi du 11 juillet 2013 modifiant le Code civil en ce qui concerne les *sûretés réelles mobilières* et abrogeant diverses dispositions en cette matière ». Elle ne tient pas compte de la faculté royale de morceler l'entrée en vigueur de cette autre loi. *Confer* aussi *infra*, n° 147.

²⁸⁶. *Confer supra*, nos 18, 77-79 et 138-139.

²⁸⁷. *Confer supra*, note infrapaginale n° 240.

²⁸⁸. Rapport Sénat, p. 14. Voy. aussi *Exposé des motifs*, p. 33.

²⁸⁹. *Confer supra*, n° 21. *Adde* Rapport Sénat, pp. 18-19 « [L]a condition de possession n'est pas supprimée. Elle reste une alternative à l'opposabilité par le biais d'un enregistrement dans le registre des gages. Cela vaut tant pour les biens corporels que pour les créances. »

²⁹⁰. Voy. Rapport Sénat, p. 14. Voy. aussi *Exposé des motifs*, p. 33.

146. Par ailleurs, le législateur assure la pérennité pure et simple des warrants-cédules existants avant l'entrée en vigueur de la loi du 11 juillet 2013²⁹¹.

En raison de la nature spécifique de cette institution, on peut supposer que les warrants-cédules encore en vigueur s'évaporeront rapidement.

Cependant la compétence spéciale du président du tribunal de commerce en la matière est supprimée dès l'entrée en vigueur de la loi nouvelle²⁹², sous la seule réserve, d'ailleurs largement conforme au droit commun²⁹³, que cette suppression « *n'est pas applicable aux causes pendantes au moment de l'entrée en vigueur de la [loi du 11 juillet 2013]* »²⁹⁴.

2° Les sûretés soumises à publicité instrumentaire

147. Il fallait assurer la continuité des sûretés qui allaient disparaître en tant qu'institution spécifique, raison pour laquelle les *gages sur fonds de commerce* et *privilèges agricoles* constitués sous l'empire du droit ancien conserveront leur opposabilité et leur rang « *si, dans les douze mois après*

l'entrée en vigueur [du titre XVII du livre III du Code civil], [leur titulaire] a enregistré un gage [de registre] sur les biens grevés »²⁹⁵.

Au moment d'adopter cette disposition transitoire, le législateur semble avoir perdu de vue que, en vertu de l'article 109, alinéa 2, de la loi du 11 juillet 2013, le Roi peut fixer une entrée en vigueur progressive de cette loi. Pour éviter toute incohérence ou incertitude, il semble logique de considérer que le délai de douze mois ne prendra cours qu'au plus tôt au moment où, d'une part, l'ensemble des dispositions légales nouvelles relatives au *gage de registre* seront en vigueur et où, d'autre part, le *registre des gages* sera opérationnel²⁹⁶.

148. En vertu de l'article 107, alinéa 4, de la loi du 11 juillet 2013, les mandats à effet de constituer un gage sur fonds de commerce ou un privilège agricole sous l'empire de législations bientôt défuntes permettront, pour la durée de validité desdites procurations, de constituer un *gage de registre* dans le cadre de la loi nouvelle²⁹⁷.

CHAPITRE VII. CONCLUSION

149. La nouvelle législation relative aux *sûretés réelles mobilières* conventionnelles – dont les présentes pages sont loin de constituer le commentaire exhaustif – conjugue avec bonheur, pour l'essentiel, les avantages d'un *gage de registre*, sans dépossession, institution nouvelle, avec les acquis du *gage avec dépossession* qui survit bien que rajeuni.

150. Dans cette matière extrêmement technique, le législateur a voulu s'exprimer en des textes brefs et clairs tout en balisant, au travers des travaux préparatoires, les principes interprétatifs qui sont appelés à gouverner la mise en œuvre

concrète de la loi nouvelle. Celle-ci ne sera un succès que si les praticiens acceptent de l'appliquer dans sa technicité, sans tenter de la diluer dans de prétendus principes généraux ou intentions présumées, c'est-à-dire occultes, du législateur.

151. On regrettera que le législateur ait laissé passer l'occasion d'un réaménagement complet du droit des *sûretés*, tant conventionnelles que légales, tant réelles que personnelles, en harmonie avec les procédures d'insolvabilité²⁹⁸.

²⁹¹. Voy. *Exposé des motifs*, p. 75 et Rapport Chambre I, p. 36.

²⁹². *Confer supra*, note infrapaginale n° 43.

²⁹³. C. jud., art. 3.

²⁹⁴. Loi du 11 juillet 2013, art. 108.

²⁹⁵. Loi du 11 juillet 2013, art. 107. Voy. Rapport Sénat, p. 23. On sait que sous l'empire de l'art. 2, alinéa 2, de la loi du 25 octobre 1919 sur la mise en gage du fonds de commerce, l'assiette de la sûreté était limitée, s'agissant des marchandises en stock, à 50% de la valeur de ce dernier; les actes de nantissement rappelant généralement cette limite, celle-ci ne disparaîtra pas – pour les sûretés existantes – avec l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Sous l'empire de celle-ci, cette limitation à 50% cessera de relever du droit impératif, mais rien n'empêchera les parties de limiter l'assiette de la sûreté à un certain pourcentage des marchandises en stock.

²⁹⁶. Arg. Rapport Chambre I, p. 37, *juncto* projet de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières et abrogeant diverses dispositions en cette matière, amendement n° 27, *Doc. parl.*, 2012-13, n° 53-2463/004, pp. 3-4.

²⁹⁷. Voy. projet de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières et abrogeant diverses dispositions en cette matière, amendement n° 26, *Doc. parl.*, 2012-2013, n° 53-2463/004, p. 3 ; Rapport Chambre I, p. 36.

²⁹⁸. En ce sens: D. LECHEN, *op. cit.*, p. 12, n° 7.