

des instruments financiers consiste en ce que les créances et dettes en cause existent au moment de la faillite.

Or, d'une part, la créance de la SA Fortis Banque, provenant d'une ouverture de crédit, existait au jour de la faillite et, d'autre part, la créance de la SPRL Construction Générale Bâtiments en faillite était également antérieure à la survenance de la faillite.

Il s'ensuit que le paiement litigieux intervenu le 28 octobre 2006 n'était donc que l'extinction finale d'une créance préexistante, la communication indiquée par BCI – auteur du versement – lève toute incertitude. En effet, il était indiqué en communication “*Saldo Factures 0884/05 et 0893/05*”, ce qui démontre clairement l'existence d'une créance antérieure à la survenance de la faillite.

La seconde condition exigée par l'article 14 de la loi du 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières et portant des dispositions fiscales diverses en matière de conventions constitutives de sûreté réelle et de prêts portant sur des instruments financiers est dès lors également rencontrée.

De l'ensemble des considérations qui précède, il appert que la SA Fortis Banque démontre à suffisance que les deux conditions nécessaires et suffisantes à la compensation élargie découlant de la loi du 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières et portant des dispositions fiscales diverses en matière de conventions constitutives de sûreté réelle et de prêts portant sur des instruments financiers sont bel et bien réalisées en l'espèce, en manière telle que la compensation que la SA Fortis Banque soutient pouvoir opérer constitue une application correcte de ladite disposition légale.

En conclusions, il appert que la demande de la SA Fortis Banque, telle que modifiée, complétée et précisée par voie de conclusions déposées au greffe du tribunal de commerce de céans, le 31 juillet 2007, est recevable et fondée et que dès lors, nécessairement, la demande reconventionnelle introduite par maître Xavier Born, en sa qualité de curateur à la faillite de la SPRL Construction Générale Bâtiments, est recevable mais non fondée.

Par ces motifs,

Le tribunal de commerce,
Statuant contradictoirement,

I. Quant à la demande d'admission

Déclare la demande en admission de créance recevable et fondée.

En conséquence:

Admet la créance de la SA Fortis Banque, inscrite sous le numéro 13, au passif privilégié de la SPRL Construction Générale Bâtiments en faillite pour un montant de 32.387,70 EUR;

Dit pour droit que la SA Fortis Banque dispose d'un droit de gage sur les créances de la SPRL Construction Générale Bâtiments en faillite selon les modalités de la loi du 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières et portant des dispositions fiscales diverses en matière de conventions constitutives de sûreté réelle et de prêts portant sur des instruments financiers.

II. Quant à la demande reconventionnelle

Déclare la demande reconventionnelle recevable mais non fondée.

En conséquence:

En déboute par maître Xavier Born, en sa qualité de curateur à la faillite de la SPRL Construction Générale Bâtiments.

Condamne maître Xavier Born, en sa qualité de curateur à la faillite de la SPRL Construction Générale Bâtiments, aux frais et dépens de l'instance, actuellement liquidés pour la SA Fortis Banque à la somme de trois cent septante et un euros quatre-vingt cinq centimes (371,85 EUR étant l'indemnité de procédure telle que liquidée aux conclusions additionnelles et de synthèse) et non liquidés pour lui-même à défaut de la production d'un état liquidatif des frais et dépens.

(...)

Observations

Le sort des fonds reçus par l'établissement de crédit postérieurement à la faillite de son client et le droit des sûretés, spécialement la loi relative aux sûretés financières

1. La décision du tribunal de commerce de Charleroi ci-dessus reproduite ne manque pas d'intérêt pour les praticiens du droit bancaire. A l'instar d'une décision similaire rendue

quelques semaines plus tard par le tribunal de commerce d'Anvers qui a déjà fait l'objet d'un commentaire critique en doctrine²¹⁵, elle soulève en effet, parmi d'autres²¹⁶, l'intéres-

²¹⁵. Comm. Anvers, 25 février 2008, *RW* 2008-09, p. 971 et la note critique de C. BODDAERT, “Stof voor discussie: het begrip ‘bestaande vordering’ in art. 14 Wet Financiële Zekerheden”.

²¹⁶. La décision commentée se penche sur d'autres thématiques intéressantes, que nous n'aborderons pas ici: celle de l'opposabilité des conditions générales, d'une part, celle des conséquences de l'omission ou de l'erreur commise par le créancier, dans sa déclaration de créance, au niveau de la mention des garanties assortissant la créance déclarée.

sante question des incidences possibles de la loi du 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières²¹⁷ sur une problématique à laquelle les établissements de crédit sont fréquemment confrontés, dans la pratique, en cas de faillite d'un de leurs clients: peuvent-ils conserver les fonds qui leur parviennent, postérieurement à la faillite dudit client, à la suite de l'exécution d'ordres de virements émanant de débiteurs de celui-ci et les imputer sur les sommes dont le failli reste redevable en leurs livres?

Il est admis de longue date qu'en vertu du droit commun, spécialement du droit commun de la faillite, un tel droit de retenue et d'imputation n'appartient pas au banquier. La solution se justifie, non tant par le dessaisissement du failli, que par la résiliation de la convention de compte impliquée par la survenance de la faillite, d'une part, par les règles du concours d'autre part, spécialement par l'interdiction qu'elles portent de la compensation après faillite, entre des dettes ne présentant pas, entre elles, un lien de connexité étroite. En vertu du premier de ces principes, l'établissement de crédit ne peut plus se prévaloir de l'effet de garantie propre à la convention de compte puisque celle-ci, – de même, du reste, que de l'habilitation à recevoir pour le titulaire du compte²¹⁸ sur laquelle elle s'échafaude –, est résiliée de plein droit par la faillite du débiteur. Du reste, il n'existe a priori, entre l'obligation de restitution de la banque vis-à-vis du failli, – issue de la réception, par elle, de fonds destinés au failli après la faillite de celui-ci –, et les obligations du failli vis-à-vis de l'établissement de crédit qui restent en souffrance et qui sont issues des relations d'affaires nouées entre eux préalablement à la faillite, aucun lien de connexité susceptible de fonder une éven-

tuelle compensation après faillite.

Nonobstant les abondantes discussions auxquelles le concept de connexité a donné lieu²¹⁹, spécialement quant au rôle que la volonté des parties est susceptible de jouer dans la constitution d'un tel lien²²⁰, l'enseignement majoritaire veut que l'analyse qui précède ne soit pas susceptible d'être modifiée par une clause de compensation ou d'unicité de compte, telle qu'on en retrouve fréquemment dans les conditions générales applicables aux relations entre les établissements de crédit et leur clientèle. L'on admet, en effet, que la connexité, en tant que mécanisme de garantie autonome, est une affaire de fait et non une caractéristique dont la constitution peut être abandonnée purement et simplement au libre décret de la volonté des parties. Autrement dit, une clause de compensation conventionnelle (ou une clause voisine, telle que la clause d'unicité de compte qui consiste à affirmer conventionnellement une connexité entre toutes les dettes et créances réciproques du failli) demeure pour ainsi dire sans effet après la faillite, seul un lien de connexité objectif entre les dettes à compenser, constaté à la lumière de leur relation intrinsèque, étant de nature à justifier leur compensation après la faillite.

2. La nombreuse doctrine²²¹ qui a été amenée à commenter la loi relative aux sûretés financières a mis en exergue l'important bouleversement que cette loi a emporté sur le régime de droit commun de l'efficacité des clauses de compensation après la survenance d'une situation de concours, tel que nous l'avons esquissé au point précédent. Par un effet pour le moins inattendu, cette loi, vouée à l'origine à transposer une directive communautaire prise dans le cadre de la

²¹⁷ Loi du 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières et portant des dispositions fiscales diverses en matière de conventions constitutives de sûreté réelle et de prêts portant sur des instruments financiers (*MB* 1^{er} février 2005). Dans la suite du texte, nous l'appellerons "loi relative aux sûretés financières".

²¹⁸ Notons que la doctrine ne s'accorde pas sur la question de savoir si les services de paiement qui sont offerts par l'établissement de crédit à partir du compte de son client (que ce soit en donnant ou en recevant) constituent un cas d'application de la figure du mandat. Voy., spécialement pour le virement, J. LINSMEAU, "Les opérations de service" in *TPDC*, T. 5, *Dr.banc.fin.*, pp. 219 et suivantes et les références citées.

²¹⁹ Sur la connexité comme source de garantie et ses diverses applications, non seulement au niveau de la compensation, mais aussi de l'exception d'inexécution ou du droit de rétention, voy.: M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière...*, o.c., pp. 717 et s.

²²⁰ Il s'agit du débat sur la fameuse connexité conventionnelle. Voy., sur cette question, et plus généralement, sur le rôle de l'autonomie de la volonté dans la mise en place de mécanismes de préférence en cas de concours: A. ZENNER et I. PEETERS, "Tegenwepelijkheid van samenloopvermijdende contractuele waarborgmechanismen", *RW* 2004-05, p. 481; A. ZENNER et I. PEETERS, "L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique", *JT* 2004, pp. 865 à 873 et pp. 881 à 890; R. HOUBEN, "Conventionele schuldvergelijking. Compensatieclausules, rekening-courant-bedingen en nettingclausules: een analyse vanuit het gemene recht, met de financiële sector als toetssteen", *Jura Falc.* 2004-05, p. 687.

En jurisprudence, voy. notamment les deux décisions suivantes, qui attestent bien de la variété des prises de position en la matière: Mons 23 mai 1990, *RDC* 1990, p. 1285 (qui déclare opposable à la masse du seul fait de son existence une convention d'unicité de comptes); Cass. 7 avril 2006, *JT* 2006, p. 645 (dans lequel la Cour de cassation, sans reconnaître la possibilité d'une connexité purement conventionnelle, semble admettre que la volonté des parties, traduite à travers une clause de compensation, puisse constituer un des éléments de fait parmi ceux dont l'appréciation est susceptible de fonder la constatation de l'existence d'un lien de connexité).

²²¹ Voy. notamment: I. PEETERS, "De Wet Financiële Zekerheden: netting, schuldvergelijking en overdracht tot zekerheid", *Dr.banc.fin.* 2005/III, p. 164, spécialement p. 170, n° 21; C. ALTER, "La loi relative aux sûretés financières" in *TPDC*, T. 5, *Dr.banc.fin.*, pp. 595 et s., spécialement pp. 633 et s.; A. ZENNER et I. PEETERS, "Faillite et compensation: une révolution copernicienne", *JT* 2005, p. 333. Pour d'autres commentaires de la loi, voy. notamment: J.-P. DEGUEE et D. DEVOS, "La loi relative aux sûretés financières du 15 décembre 2004 – Lignes directrices", *Dr.banc.fin.* 2005/III, p. 155; M. VAN DER HAEGEN, "La loi relative aux sûretés financières: droit matériel du gage et droit international privé du gage et de la compensation", *Dr.banc.fin.* 2005/III, p. 179; C. BODDAERT, "Het pand op financiële instrumenten en contanten na de inwerkingtreding van de Wet Financiële Zekerheden", *Dr.banc.fin.* 2005/III, p. 193; V. SAGAERT et H. SEELDRAYERS, "De wet financiële zekerheden", *RW* 2004-05, p. 1521; C. Poullet, "Les garanties financières: une efficacité renforcée au détriment des droits des autres créanciers?", *RPS* 2006, p. 245; voy. également les contributions qui composent l'ouvrage entièrement consacré à la nouvelle loi, sous la coordination de M. GRÉGOIRE, *Le nouveau droit des garanties sur instruments financiers*, UB3, Bruxelles, Bruylant, 2006.

mise en œuvre du programme d'action pour l'amélioration des services financiers²²², est en effet venue modifier sensiblement les règles générales constituant le droit commun de la compensation après faillite, telle qu'il était déduit des règles du Code civil²²³ et du principe, consubstantiel au concours, de l'égalité des créanciers.

Ce glissement s'est principalement opéré au prix d'un élargissement, par le législateur belge, du champ d'application de la réglementation tel qu'il était fixé par la directive: alors que celle-ci entendait s'appliquer principalement aux garanties financières constituées par les autorités publiques et les acteurs du secteur financier²²⁴, le législateur belge a opté pour un champ d'application extrêmement large, la réglementation coulée dans la loi relative aux sûretés financières s'appliquant à toute "convention constitutive de sûreté réelle" portant sur des instruments financiers ou des espèces et à toute "convention de netting", quelles qu'en soient les parties²²⁵.

Les conventions de netting, qui nous intéressent plus spécifiquement ici, sont définies comme "les conventions de novation ou de compensation bilatérale ou multilatérale" (art. 3, 4° de la loi), étant entendu que l'intention du législateur, sous ce vocable tortueux, était de viser les clauses de compensation et les autres clauses de liquidation similaires faisant appel, selon certains droits étrangers, à un mécanisme différent de la compensation, tel que la novation²²⁶.

L'innovation introduite par la loi relative aux sûretés financières consiste essentiellement, par le truchement de deux règles, à redéfinir les conditions de l'opposabilité des conventions de netting aux créanciers en cas de situation de concours:

- la première règle subordonne l'opposabilité des conventions de netting aux créanciers en cas de situation de concours à l'antériorité des créances et des dettes à compenser ou à nover²²⁷;
- la deuxième règle subordonne l'opposabilité des conventions de netting à l'antériorité de leur conclusion par rapport à la survenance de la situation de concours²²⁸.

Il s'en déduit que les clauses de compensation et d'unicité de compte se voient désormais dotées d'une pleine efficacité dès lors qu'il est satisfait aux deux conditions précitées, sans qu'il faille établir, en outre, l'existence d'une connexité objective ou intrinsèque entre les créances et dettes impliquées dans le processus de compensation. De ce point de vue, la loi abolit en quelque sorte l'intérêt de la distinction qui avait été faite, en doctrine, entre connexité conventionnelle et connexité objective. La connexité conventionnelle, établie au terme d'une convention signée antérieurement à la situation de concours, sortira désormais toujours ses effets. Il suffira de constater que les créances impliquées dans le mécanisme de compensation ou de novation sont bien visées

²²². La loi du 15 décembre 2004 transpose en effet la directive 2002/47/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juin 2002 concernant les contrats de garantie financière (JO L. 168 du 27 juin 2002, p. 43). Sur celle-ci, voy., notamment: F. T'KINT et W. DERIJCKE, "La directive 2002/47/CE concernant les contrats de garantie financière au regard des principes généraux du droit des sûretés", *Euredia* 2003/1, p. 41. Comme le précise le troisième considérant de la directive, celle-ci entendait favoriser "l'intégration et le fonctionnement au meilleur coût du marché financier de la Communauté, et, par tant, la libre prestation des services et la libre circulation des capitaux dans un marché unique des services financiers".

²²³. Spécialement de l'art. 1298 du Code civil, selon lequel "La compensation n'a pas lieu au préjudice des droits acquis d'un tiers. Ainsi celui qui, étant débiteur, est devenu créancier depuis la saisie-arrêt faite par un tiers entre ses mains, ne peut au préjudice du saisissant, opposer la compensation."

²²⁴. Voy. l'art. 1, 2 de la directive, qui définit les catégories auxquelles doivent appartenir le preneur de la garantie et le constituant de la garantie pour que la convention passée entre eux tombe sous le champ d'application de la directive.

²²⁵. Voy. l'art. 4 de la loi, qui en définit le champ d'application. La seule limitation apportée au champ d'application *ratione personae* de la loi concerne les opérations de transfert de propriété à titre de garantie conclues entre ou avec des personnes physiques, qui sont exclues du champ d'application de la loi (art. 12 § 4).

²²⁶. Voy., en ce sens, les développements de l'exposé des motifs de la loi de transposition (Doc.parl. chambre S.O. 2004-05, 1407/001, p. 27): "En son point 4°, la disposition définit le concept de 'conventions de netting'. La compensation légale n'est, en règle et en tout cas en droit belge, pas d'ordre public. Les conditions de la compensation peuvent donc être aménagées conventionnellement en ce qui concerne les exigences relatives au caractère fongible, liquide et exigible des dettes réciproques à compenser. On est alors dans le domaine de la compensation conventionnelle. Ainsi, les conventions de netting sont des conventions qui mettent en place un processus de compensation conventionnelle d'obligations réciproques entre deux ou plusieurs parties permettant de dégager un montant 'net' à payer par une partie à l'autre, à savoir le solde issu de la compensation ayant provoqué l'extinction des obligatoires à concurrence de la dette la moins élevée. Ces conventions de netting sont souvent assorties d'une clause dite de 'close out' consistant dans une condition résolutoire expresse provoquant la résolution des contrats ou opérations à terme, lorsque survient un événement (lié à la défaillance) déclenchant le processus de compensation et destinée à englober dans ce processus toutes les obligations non encore exigibles. Certains droits (anglo-saxon en particulier) organisent le mécanisme de netting en recourant à la technique de la novation selon laquelle les parties substituent une obligation nouvelle à une obligation existante, provoquant ainsi l'extinction de l'obligation initiale et la création d'une obligation nouvelle. En mentionnant la novation, la disposition en projet vise donc également les conventions conclues sous un droit étranger, quelle que soit la technique juridique – compensation ou novation – à laquelle recourent les parties."

²²⁷. "Les conventions de netting, ainsi que les clauses et conditions résolutoires ou de déchéance du terme stipulées pour permettre la novation ou la compensation, peuvent, sans mise en demeure ni décision judiciaire préalable, nonobstant toute cession des droits sur lesquelles elles portent, en cas de procédure d'insolvabilité, de saisie ou de toute situation de concours, être opposées aux créanciers si la créance et la dette à nover ou à compenser existent lors de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ou de la survenance de la saisie ou d'une situation de concours, quels que soient la date de leur exigibilité, leur objet ou la monnaie dans laquelle elles sont libellées." (art. 14 de la loi).

²²⁸. "Les conventions constitutives de sûreté réelle et les conventions de netting sont valables et opposables aux tiers et peuvent donc sortir leurs effets y compris en cas de procédure d'insolvabilité ou de saisie ou en cas de situation de concours, si la conclusion de ces conventions précède le moment de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, la survenance d'une saisie ou d'une situation de concours, ou si ces conventions ont été conclues après ce moment, dans la mesure où la contrepartie peut se prévaloir au moment où la convention a été conclue d'une ignorance légitime de l'ouverture ou de la survenance antérieure d'une telle procédure ou situation." (art. 15 § 1^{er} de la loi).

par la disposition contractuelle tendant à la provoquer et qu'elles sont nées antérieurement à la situation de concours²²⁹.

3. Est-ce à dire qu'en modifiant le régime de la compensation conventionnelle après faillite, la loi a modifié, également, la solution à réserver à la question de savoir si l'établissement de crédit peut conserver des fonds qui sont transférés sur le compte du failli postérieurement à la faillite de celui-ci, en se prévalant d'une clause d'unicité de compte ou de compensation figurant dans ses conditions générales?

La décision commentée paraît s'engager dans cette voie: elle considère en effet que la banque est fondée à invoquer la clause de compensation tirée de ses conditions générales, dès lors qu'il est satisfait à la condition d'antériorité prescrite par l'article 14 de la loi relative aux sûretés financières puisque, *"d'une part, la créance de (la banque), provenant d'une ouverture de crédit, existait au jour de la faillite et, d'autre part la créance de (la société faillie) était également antérieure à la survenance de la faillite"*.

Sous cet angle, la décision du tribunal de commerce de Charleroi, de même que celle qui sera rendue, quelques semaines plus tard, dans le même sens par le tribunal de commerce d'Anvers²³⁰, n'échappe pas à la critique: le tribunal, sans doute focalisé sur la condition d'antériorité posée par la loi relative aux sûretés financières, paraît avoir perdu de vue que la créance dont la société faillie était titulaire vis-à-vis du tiers débiteur n'était pas susceptible d'entrer en compensation avec la créance que l'établissement de crédit tirait de l'ouverture de crédit, faute de réciprocité.

Seule la créance que la société faillie possédait à l'encontre de l'établissement de crédit du fait du paiement, effectué, par ce tiers débiteur, dans les mains de la banque, était susceptible d'être liquidée par voie de compensation avec la créance

de cette dernière vis-à-vis de la société faillie. Mais ladite créance, portant sur la restitution au failli des fonds perçus par le tiers débiteur, était indubitablement née après la faillite, comme une conséquence quasi contractuelle²³¹ du paiement effectué par le tiers débiteur dans les mains de l'établissement de crédit après la clôture du compte ouvert dans les livres de ce dernier au nom du failli.

La compensation ne pouvait donc s'opérer, en l'espèce, sur la base de la clause figurant dans les conditions générales de la banque: en effet, d'une part, la créance du failli vis-à-vis de son débiteur commercial n'était pas visée – et ne pouvait l'être – par ladite clause²³². D'autre part, l'obligation de restitution à la masse faillie pesant sur l'établissement de crédit à la suite du paiement effectué, susceptible d'être impliquée dans le processus de compensation était, par définition, née après la faillite, de sorte que celle-ci ne satisfaisait pas à la condition posée par l'article 14 de la loi sur les sûretés financières.

Aussi, si, suivant la voie empruntée par le tribunal de commerce de Charleroi, l'on doit chercher à qualifier le mécanisme de liquidation susceptible d'impliquer, non la dette de restitution pesant sur l'établissement de crédit vis-à-vis de la masse faillie en suite du paiement effectué par le failli mais, pour satisfaire à l'exigence d'antériorité posée par la loi relative aux sûretés financières, la dette contractée, avant la faillite, par le tiers vis-à-vis du commerçant failli et dont le paiement est opéré postérieurement à la faillite, l'on est bien contraint d'avouer, dans un premier temps du moins, une certaine perplexité. L'institution juridique susceptible d'incarner un tel mécanisme n'apparaît pas, en effet, avec la force de l'évidence et, s'il est certain qu'il ne peut s'agir d'une compensation, faute de réciprocité entre les dettes et créances concernées, il paraît tout aussi certain qu'il ne pourrait s'agir du second mécanisme de liquidation visé par la loi

²²⁹ Voy. notamment, à cet égard, les développements de l'exposé des motifs du projet de loi de transposition, *Doc.parl.* Chambre S.O. 2004-05, 1407/001, p. 45.

²³⁰ Comm. Anvers 25 février 2008 (décision déjà citée en note 1), *RW* 2008-09, p. 971 et la note critique de C. BODDAERT, "Stof voor discussie: het begrip 'bestaande vordering' in art. 14 Wet Financiële Zekerheden".

²³¹ Cette créance ne saurait puiser sa source, selon nous, que dans l'institution de l'enrichissement sans cause. Certes, le paiement effectué dans les mains de l'établissement de crédit, alors que celui-ci n'est plus, au moment du paiement, habilité à recevoir pour le failli, constitue un paiement indû (art. 1239 C.civ., paiement dans les mains d'une personne n'étant pas créancière). L'action en répétition de l'indû appartient cependant uniquement au *solvens*, c'est-à-dire le tiers débiteur du failli qui a procédé au paiement. La créance de répétition est donc étrangère au rapport entre la banque et le failli.

²³² En l'espèce, la clause s'énonçait comme suit:

"Les formes d'utilisation de l'ouverture de crédit sont en principe enregistrées dans un ou plusieurs comptes.

Sauf convention contraire, tous les comptes ouverts par la banque à un même crédit, soit en francs belges, soit en euros, soit en devises étrangères, constituent les éléments d'un compte unique et indivisible, quel que soit le lieu où ils sont tenus. Par conséquent, la banque a la faculté de fusionner les comptes ou de procéder à des transferts totaux ou partiels, entre comptes débiteurs et comptes créditeurs, le solde final constatant la position en compte du crédit.

Toute opération bancaire entre la banque et le crédit se fait dans le cadre d'une relation d'affaires entre eux. Toutes les opérations d'un crédit avec la banque sont donc liées entre elles. Par conséquent, et sans préjudice des dispositions de l'alinéa précédent, la banque peut en tout temps, même après faillite ou toute autre cause de concours, compenser entre eux les soldes débiteurs et créditeurs des différents comptes et ce, de la manière et dans la mesure qu'elle choisira.

Lorsque le transfert ou la compensation entre les différents comptes nécessite une conversion de devises étrangères, celle-ci se fait au cours en vigueur au moment de la conversion." La clause mélangeait donc les aspects d'une clause de compensation, d'unicité de compte et d'affirmation conventionnelle d'un lien de connexité.

relative aux sûretés financières, à savoir la novation²³³.

4. En réalité, il ne reste qu'une seule voie de secours à l'établissement de crédit désireux d'obtenir à son profit la liquidation des créances du failli qui sont payées postérieurement à la faillite: il consiste à faire appel aux règles relatives au gage sur créances.

Le tribunal de commerce de Charleroi était d'ailleurs invité à s'engager (si l'on ose dire) sur ce terrain par la banque, puisque celle-ci faisait notamment valoir, à l'appui de son droit d'imputer les fonds réceptionnés, la disposition de ses conditions générales des ouvertures de crédit, en vertu de laquelle le crédit lui donnait en gage, "*pour sûreté du remboursement de toutes sommes dues*", "*toutes les créances actuelles et futures sur des tiers, de quel chef que ce soit, telles que notamment les créances commerciales et autres créances sur clients*".

Afin de déterminer le régime juridique applicable à une telle clause, il convenait d'abord de vérifier si elle pouvait être regardée comme une convention constitutive de sûreté réelle portant sur des '*espèces*' au sens des articles 3, 2°, 3, 3° et 4 § 1^{er} de la loi relative aux sûretés financières.

L'on sait en effet que la loi relative aux sûretés financières propose, à côté de la réglementation des '*conventions de netting*', conçues comme des mécanismes de garantie financière, un régime juridique spécifique – et particulièrement

favorable au créancier – en ce qui concerne les sûretés réelles portant sur des instruments financiers ou des '*espèces*'.

La question a certes peu d'implications en ce qui concerne la constitution et les conditions d'opposabilité du gage, puisque la loi relative aux sûretés financières ne réglemente directement ni la constitution, ni la validité, ni l'opposabilité aux tiers du gage sur espèces ou sur instruments financiers²³⁴. En revanche, elle doit notamment déterminer si l'établissement de crédit peut bénéficier de la procédure de réalisation par imputation des espèces mises en gage, sans mise en demeure ni décision judiciaire préalable, telle qu'elle est mise au point par l'article 9 § 1^{er} de la loi du 15 décembre 2004²³⁵.

En l'espèce, elle appelle cependant une réponse négative.

Les conventions constitutives de sûretés réelles ne sont en effet régies par la loi du 15 décembre 2004, notamment sous la forme classique du gage, que pour autant qu'elles portent sur des instruments financiers ou sur des "*espèces*" (art. 4 § 1^{er} de la loi), ces dernières étant définies comme "*les droits découlant de fonds portés en compte quelle qu'en soit la devise, à l'exclusion de la monnaie fiduciaire, ainsi que les créances similaires ouvrant le droit à la restitution d'argent*" (art. 3, 2° de la loi).

Il s'en déduit, comme les travaux préparatoires le confirment²³⁶ et comme la doctrine l'a déjà souligné, que seules les créances inscrites en compte sont de nature à faire l'objet de "*conventions constitutives de sûretés réelles*" au sens de la

²³³. L'analyse permettrait, à supposer que l'on puisse trouver dans les conditions générales de la banque une '*convention de novation*', au sens de la loi relative aux sûretés financières, de rencontrer la condition d'antériorité posée par cette dernière, puisque l'antériorité de la créance à nover – la créance du failli vis-à-vis du tiers – par rapport à l'ouverture de la faillite ne saurait souffrir de contestation, de sorte que la clause contractuelle organisant la novation pourrait sortir ses effets.

L'on pourrait songer, en premier ordre, à la novation par changement de débiteur, opération par laquelle le créancier (le commerçant failli) accepte de substituer un tiers (l'établissement de crédit) à son débiteur originaire (le tiers ayant contracté avec le failli) et qui ne suppose pas l'accord de ce dernier (art. 1274 C.civ.: "*La novation par la substitution d'un nouveau débiteur, peut s'opérer sans le concours du premier débiteur.*"). Mais il s'aperçoit rapidement qu'elle n'est pas de nature à justifier un quelconque droit d'imputation de l'établissement de crédit: soit elle intervient avant le paiement effectué par le débiteur initial et elle emporte l'extinction de sa dette, sapant de la sorte toute base juridique au paiement effectué par celui-ci et lui ouvrant droit à répéter celui-ci dans les mains de l'établissement de crédit. Soit elle intervient après le paiement effectué par le tiers dans les mains de la banque, et l'on ne peut considérer que sa dette vis-à-vis du failli existe encore, nonobstant le paiement opéré, qu'en supposant qu'il s'agit d'un paiement indu n'ayant pas, par application de l'art. 1239 du Code civil, éteint la dette vis-à-vis du véritable créancier, le failli. Dans cette hypothèse, la novation emporterait substitution de l'établissement de crédit au tiers débiteur comme débiteur de cette dette. La novation opérée permettrait alors à la compensation légale de jouer entre les dettes réciproques de l'établissement de crédit et du failli. La dette novée étant la dette originaire du tiers débiteur vis-à-vis du failli, par définition antérieure à la faillite, il serait satisfait à la condition d'antériorité. L'établissement de crédit demeurerait du reste, nous semble-t-il, à l'abri de l'action en répétition de l'indu intentée à son encontre par le débiteur du failli, l'extinction de sa dette vis-à-vis de ce dernier découlant de la novation intervenue le privant de tout intérêt à agir en ce sens.

Une clause de novation par changement de créancier – opération par laquelle l'établissement de crédit serait substitué au failli comme créancier de l'obligation de sommes du débiteur du failli-, pourrait conduire à un résultat équivalent. Le débiteur du failli, payant dans les mains du banquier, aurait payé son nouveau créancier (tout en croyant avoir payé l'ancien), de sorte que, même effectué dans l'ignorance de la novation, son paiement serait valable. Les règles en matière d'enrichissement sans cause permettraient par ailleurs, nous semble-t-il, de fonder la diminution, à due concurrence du paiement de la créance novée effectué par le débiteur du failli, de la créance de l'établissement de crédit vis-à-vis du failli.

²³⁴. Voy. cependant la disposition de l'art. 4 § 1, al. 2 de la loi, qui impose que les avoirs mis en garantie (espèces ou instruments financiers) aient fait l'objet d'un traitement ayant pour effet que le bénéficiaire de la garantie acquiert la possession ou le contrôle de ceux-ci. Certains auteurs ont pu voir, dans cette disposition, une nouvelle affirmation du caractère réel du gage sur créances. Sur ce point, voy. V. DE FRANQUEN et M.-D. WEINBERGER, *Les garanties financières sur créances de sommes, o.c.*, p. 130.

²³⁵. Pour un cas d'application de la procédure de réalisation simplifiée organisée par la loi relatives aux sûretés financières, voy.: Comm. Gand (réf.) 8 mars 2005, *RW* 2004-05, p. 1557.

²³⁶. Voy. l'exposé des motifs du projet de loi de transposition, *Doc.parl.* Chambre S.O. 2004-05, 1407/001, p. 25 qui précise que, par '*espèces*', il y a lieu d'entendre "*les fonds portés en compte et plus exactement les droits découlant des fonds portés en compte*" et que "*les dépôts sur le marché monétaire n'étant pas nécessairement portés en compte, par les termes "les créances similaires ouvrant le droit à la restitution d'argent, l'on vise également les dépôts interbancaires"*.

loi du 15 décembre 2004²³⁷ et que les créances de sommes ne donnant pas droit à une restitution, telles que les simples créances de paiement de prix, ne tombent pas sous le champ d'application de la loi.

Il ne reste plus alors qu'à se rabattre sur le droit commun du gage sur créances²³⁸, et sur le droit d'imputation que celui-ci reconnaît, dans une mesure variable selon le caractère civil ou commercial du gage, au créancier gagiste.

Le gage sera civil ou commercial selon la nature civile ou commerciale de l'engagement garanti²³⁹. L'engagement pris par le client d'un établissement de crédit qui se fait consentir une ouverture de crédit sera lui-même civil ou commercial, selon qu'il est satisfait ou non aux critères de commercialité définis par les articles 1 à 3 du livre I du Code de commerce²⁴⁰.

En matière commerciale, aucun écrit enregistré n'est requis pour assurer la validité ou l'opposabilité du gage²⁴¹.

Pour le surplus, le gage sur créances est rendu opposable aux tiers du seul fait de la conclusion de la convention, qui est réputée satisfaisante à l'exigence de dépossession traditionnellement requise en matière de gage. La seule formalité d'opposabilité qui demeure concerne le débiteur gagé, auquel la mise en gage n'est opposable que pour autant qu'il l'ait reconnue ou qu'elle lui ait été notifiée²⁴². Ni la notification ni la reconnaissance ne paraissent, par ailleurs, impliquer l'accomplissement d'une formalité particulière²⁴³, certains auteurs allant jusqu'à considérer qu'à travers ces notions, l'on réfère en réalité, de façon très large, à l'existence d'une connaissance circonstanciée du gage par le débiteur gagé²⁴⁴.

Le Code de commerce (art. 3, al. 1^{er} du Livre I, Titre VI) organise un droit d'imputation du créancier gagiste sur sa créance, avant même l'exigibilité de celle-ci, des sommes, en capital ou en intérêts que celui-ci perçoit du débiteur gagé²⁴⁵.

L'on ne peut considérer qu'en exerçant son droit d'imputation, l'établissement de crédit exerce une voie d'exécution (il ne postule en effet nullement, ce faisant, la réalisation de son gage), de sorte qu'il ne tombera pas sous le coup de la suspension des voies d'exécution organisée par l'article 26 de la loi sur les faillites²⁴⁶.

Enfin, le constat que la mise en gage de la créance n'a pas été rendue opposable au débiteur gagé ne nous paraît pas de nature à empêcher l'établissement de crédit d'exercer valablement son droit d'imputation sur les sommes qu'il reçoit à la suite du paiement intervenu. Certes, le débiteur de la créance gagée a payé dans les mains de l'établissement de crédit, non en sa qualité de créancier gagiste – qu'il ignore par définition – mais en sa qualité de teneur de compte, dans la croyance erronée que celui-ci demeure habilité à recevoir pour le failli, alors que le compte a été résilié du fait de la faillite. Il pourrait dès lors, le cas échéant, être considéré que ce paiement est entaché d'une erreur (de fait ou de droit, c'est selon). La nullité découlant de cette erreur étant en toute hypothèse relative, l'action tendant à la répétition du paiement appartiendrait, cependant, au seul auteur du paiement et l'on est en droit de se demander quel pourrait être son intérêt à agir en ce sens. Il faut considérer, en conséquence, nous semble-t-il, que le caractère inopposable du gage au débiteur de la créance gagée ne sera pas, en principe, de nature à entraver l'exercice, par l'établissement de crédit

²³⁷. M. GRÉGOIRE, "Préface: le régime juridique des garanties financières" in *Le nouveau droit des garanties sur instruments financiers*, UB3, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. IX; V. DE FRANQUEN et M.-D. WEINBERGER, "Les garanties financières sur créances de sommes" in *Le nouveau droit des garanties sur instruments financiers, o.c.*, pp. 102-103.

²³⁸. Sur le droit commun du gage sur créances, voy. notamment: M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière, sûretés réelles et privilèges*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 513 et s.

²³⁹. Sur ce point, voy. notamment: M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière ..., o.c.*, p. 467.

²⁴⁰. Ceci signifie qu'il faut que l'engagement soit passé dans un but de lucre (l'on sait que lorsque l'acte est un acte de commerce objectif au sens des art. 2 et 3, il est réputé accompli dans un but de lucre). S'il est passé par un commerçant (c'est-à-dire quelqu'un, personne physique ou morale, qui pose à titre habituel des actes de commerce dans un but de lucre), il est réputé constituer un engagement commercial en vertu de la présomption de commercialité. J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, T. IV, 1^{ère} éd., n° 2565. De nombreux engagements de crédit, passés par des personnes qui ne sont pas commerçantes, constituent donc des engagements civils. En l'espèce, dès lors qu'il est question de faillite, la qualité de commerçant du créancier peut être supposée et ce sont donc les règles relatives au gage commercial qui trouvent à s'appliquer.

²⁴¹. M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière..., o.c.*, p. 470, n° 1127. Contrairement à la matière civile où, en vertu de l'art. 2074 du Code civil, l'écrit enregistré ou, à tout le moins ayant date certaine, est nécessaire (indépendamment même des règles gouvernant, entre parties, la preuve de la convention) à l'opposabilité du gage aux tiers (M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière..., pp. 443 à 445*).

Notons, pour être complets, que la loi relative aux sûretés financières déroge à cette condition pour les conventions constitutives de sûretés réelles qui revêtiraient un caractère civil: ni l'art. 2074 du Code civil, ni l'art. 1328 du même code ne leur sont applicables (art. 7 § 1^{er} de la loi).

²⁴². Ces règles, énoncées par l'art. 2075 du Code civil, valent tant en matière de gage civil qu'en matière de gage commercial. Voy. M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière..., pp. 513 et s.*

²⁴³. M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière..., o.c.*, p. 517, n° 1239.

²⁴⁴. C'est, semble-t-il, la théorie des 'actes équipollents' à la notification ou à la reconnaissance. Voy., à ce sujet, V. DE FRANQUEN et M.-D. WEINBERGER *Les garanties financières sur créances de sommes, o.c.*, p. 118.

²⁴⁵. L'on se souviendra que le Code civil (art. 2081) prévoit un droit d'imputation mais que celui-ci est limité aux intérêts de la créance gagée.

²⁴⁶. Rappelons qu'en vertu de cette disposition, "Toutes voies d'exécution, pour parvenir au paiement des créances privilégiées sur les meubles dépendant de la faillite, seront suspendues jusqu'au dépôt du premier procès-verbal de vérification des créances" et que, complémentaiement, "si l'intérêt de la masse l'exige et à condition qu'une réalisation des meubles puisse être attendue qui ne désavantage pas les créanciers privilégiés, le tribunal peut, sur requête des curateurs et après avoir convoqué par pli judiciaire le créancier concerné bénéficiant d'un privilège spécial, ordonner la suspension d'exécution pour une période maximum d'un an à compter de la déclaration de faillite."

de son droit d'imputation. En revanche, il expose l'établissement de crédit au risque de voir le débiteur du failli payer directement et valablement dans les mains du curateur, sans avoir connaissance du gage dont la créance est affectée, auquel cas il se trouvera privé de toute prétention sur les fonds concernés du chef du gage consenti. Quand le hasard fait droit...

5. En guise de conclusion, soulignons que le droit de l'établissement de crédit de conserver les sommes qui lui parviennent postérieurement à la faillite de son client, en exécution d'opérations de paiement effectuées par virement par des débiteurs du failli, et d'imputer ces mêmes sommes sur la créance qu'il détient vis-à-vis de son client, ne peut se prévaloir ni de la compensation conventionnelle, ni de la novation. Le régime particulièrement favorable institué par la loi relative aux sûretés financières concernant l'opposabilité des clauses contractuelles mettant en œuvre de tels mécanismes n'est dès lors, nous semble-t-il, d'aucun secours particulier pour l'établissement de crédit.

En revanche, l'engagement des créances du failli permet de fonder une telle solution. Certes, la sûreté ainsi constituée ne constitue pas une '*sûreté financière*' tombant sous le champ d'application de la loi du 15 décembre 2004. Néanmoins, le

droit commun du gage commercial offre suffisamment de ressources au créancier gagiste pour lui permettre d'imputer sur sa propre créance les fonds qu'il reçoit de la part du débiteur gagé, fussent-ils versés dans l'ignorance de la mise en gage. Encore faut-il cependant, comme c'était le cas en l'espèce, que la banque ait eu l'ingéniosité de prévoir une telle clause de mise en gage dans ses conditions contractuelles. Enfin, en tout état de cause, cette clause demeurera sans effets en cas de gage civil, sauf à ce que les formalités propres à l'opposabilité d'un tel gage aient été accomplies, et sachant que le droit d'imputation organisé en la matière ne concerne en tout état de cause que les intérêts de la créance gagée.

L'on retiendra certainement de tout ceci que la loi relative aux sûretés financières est sans incidence aucune²⁴⁷, selon nous, sur la position juridique du banquier qui souhaite imputer, sur sa propre créance, les fonds réceptionnés sur le compte de son client après la faillite de celui-ci. Celui-ci demeurera donc bien inspiré en recherchant plutôt dans le droit commun des sûretés les solutions susceptibles de fonder pareille imputation.

Olivier Creplet

²⁴⁷. Sous réserve toutefois de ce qui a été dit à la note infrapaginale consacrée à la novation.