

III. Beslissing van het Hof

Beoordeling

Ontvankelijkheid van het cassatieberoep in zoverre gericht tegen de Vlaamse Gemeenschap, derde verweerder

1. De derde verweerder werpt op dat de eiseres geen kritiek heeft tegen de beslissing van de appelrechters die oordelen dat de vorderingen in zoverre gericht tegen de Vlaamse Gemeenschap ongegrond waren. Zij voert aan dat het cassatieberoep niet ontvankelijk is bij gebrek aan belang.

2. De eiseres heeft geen grieven ten aanzien van de Vlaamse Gemeenschap.

Het cassatieberoep is in zoverre niet ontvankelijk.

Grond van niet-ontvankelijkheid van het middel

3. Anders dan de tweede verweerder opwerpt geeft het middel aan hoe en waardoor het bestreden arrest de als geschonden aangewezen wetsbepalingen schendt.

De grond van niet-ontvankelijkheid kan niet worden aangenomen.

EERSTE MIDDEL

4. Het beginsel van de gelijkheid van de schuldeisers en de artikelen 7 en 8 van de hypotheekwet wijken noodzakelijkerwijze af van de artikelen 1165, 1134 en 1135 van het Burgerlijk Wetboek, zodat een niet bij de wet bepaald zakelijk zekerheidsrecht niet aan de schuldeisers in de samenloop kan worden tegengeworpen.

5. Een overeenkomst waarbij een schuldvordering tot zekerheid wordt overgedragen kan derhalve ten aanzien van de schuldeisers in de samenloop nooit meer opleveren dan een pandrecht op deze schuldvordering zodat de overnemer van de schuldvordering niet meer rechten kan uitoefenen dan deze waarover een pandhouder beschikt.

6. De appelrechters stellen vast dat de zesde verweerder haar schuldvordering op de tweede verweerder heeft overgedragen aan de eerste verweerder tot zekerheid van haar schulden en oordelen dat deze zekerheidsoverdracht tot gevolg heeft dat deze schuldvordering uit het vermogen van de zesde verweerder is verdwenen en dat, na haar faillissement, deze overdracht tegenwerpelijk is aan de faillissementsboedel.

Door aldus aan de eerste verweerder meer rechten toe te kennen dan deze waarover een pandhouder van de schuldvordering zou beschikken, verantwoordt de appelrechters hun beslissing niet naar recht.

Het middel is gegrond.

Dictum

HET HOF,

Verwerpt het cassatieberoep in zoverre het gericht is tegen de derde verweerder.

Vernietigt het bestreden arrest.

Beveelt dat van dit arrest melding wordt gemaakt op de kant van het vernietigde arrest.

Laat de kosten van haar cassatieberoep, gericht tegen de derde verweerder ten laste van de eiseres.

Houdt de overige kosten aan en laat de beslissing daaromtrent aan de feitenrechter over.

Verwijst de zaak naar het hof van beroep te Gent.

De kosten zijn begroot op de som van 931,94 EUR jegens de eisende partij, op de som van 183,86 EUR jegens de verwerende partij *sub* 1 en op de som van 314,74 EUR jegens de verwerende partijen *sub* 2 en 3.

(...)

Note

La garantie hors la loi?

Michèle Grégoire¹ et Lounia Czupper²

1. La Cour de cassation sait ménager ses effets.

En particulier, lorsqu'il s'agit de situer dans l'ordre du droit positif les mécanismes préférentiels, sous leurs différentes figures, la jurisprudence de notre Cour suprême ne cesse d'alimenter la réflexion et indirectement – sans que ce soit là son but, bien entendu – la tension – intellectuelle et toujours amicale – entre les écoles doctrinales qui s'opposent depuis de nombreuses décennies sur ce thème.

2. Par son arrêt du 3 décembre 2010, la Cour de cassation emmène l'interprète sur un terrain où il ne se savait pas attendu.

Alors que l'arbitrage délicat et incertain entre l'autonomie de la volonté et les effets du concours s'orientait résolument vers une plus large tolérance accordée à la première par limitation des seconds, c'est – en apparence du moins – vers un tout autre équilibre que semble se diriger désormais son

¹. Avocat à la Cour de cassation – Professeur à l'Université Libre de Bruxelles.

². Avocat au barreau de Bruxelles.

enseignement. En apparence, en effet, car c'est, assez paradoxalement, à la faveur d'une attention particulière portée à la volonté des parties contractantes que se trouverait renforcée, dans le système de l'arrêt annoté, la position juridique des tiers.

3. Les faits se trouvant à l'origine de la cause peuvent être résumés de la manière suivante.

Des exploitants agricoles avaient garanti le remboursement de plusieurs ouvertures de crédit consenties par la Landbouwkrediet NV, en cédant à celle-ci "toutes sommes et indemnités qui pourraient leur échoir, de quelque chef que ce soit, ainsi que les loyers de leurs biens immeubles"³. Les contrats de crédit prévoyaient que cette cession "ne prendra effet que si les crédits restent en défaut de payer les montants exigibles"⁴ au titre des contrats de crédit.

Quelques années plus tard, les crédits exploitants agricoles ne parvenant plus à rembourser les crédits, la Landbouwkrediet NV notifia la cession de créances à la Communauté flamande, laquelle était redevable aux crédits d'aides environnementales liées à l'arrêt de la production d'effluents d'élevage. Entre-temps, un fournisseur impayé de l'exploitation agricole avait effectué une saisie-arrêt conservatoire entre les mains de la Communauté flamande. Celle-ci estimait que la saisie-arrêt l'empêchait de payer valablement les indemnités litigieuses à la Landbouwkrediet NV.

4. La cour d'appel de Bruxelles⁵, confirmant la décision du premier juge, fit droit aux prétentions de la Landbouwkrediet NV, après avoir rejeté tous les arguments soulevés par le fournisseur saisissant. Celui-ci invoquait notamment l'arrêt de la Cour de cassation, dit '*Sart Tilman*', du 17 octobre 1996⁶; il soutenait que la cession de créances ne lui était pas opposable, au motif qu'elle constituait une sûreté extralégale non opposable aux tiers en cas de concours. La cour d'appel écarta cette thèse et répondit que l'arrêt *Sart-Tilman* n'était plus d'actualité, estimant que certains développements législatifs intervenus postérieurement à cet arrêt montraient que, dans l'esprit du législateur, les mécanismes de garantie conventionnels devaient être considérés comme opposables aux tiers en cas de concours⁷.

La cour d'appel consacrait ainsi une thèse soutenue depuis quelques années par certains défenseurs du mécanisme de la cession à titre de garantie⁸.

Notons que l'arrêt contient également des considérations intéressantes sur la validité d'une cession globale de créances présentes et futures. La cour d'appel souligne qu'une telle cession est valable et qu'il n'est pas requis que le débiteur soit connu au moment de la conclusion du contrat de cession, ni que les parties connaissent déjà à ce moment les montants exacts des créances cédées. La cour d'appel confirme qu'il ne peut y avoir de doute sur les créances effectivement cédées au cessionnaire, dès lors que toutes les créances du cédant ont fait l'objet de la cession⁹. Cette partie de la décision n'a pas été remise en cause devant la Cour de cassation.

5. Saisie d'un pourvoi formé par le créancier sacrifié au profit du cessionnaire, la Cour de cassation propose une solution qu'on serait tenté de qualifier d'hybride, à mi-chemin entre l'inopposabilité et l'opposabilité aux tiers de la cession de créance à titre de garantie. D'une part, la Cour de cassation affirme – dans la ligne de l'arrêt *Sart Tilman* – qu'une cession de créance à titre de garantie est une sûreté réelle non prévue par la loi, pouvant heurter le principe de l'égalité des créanciers et dès lors inopposable aux créanciers en concours. C'est donc à tort, selon la Cour de cassation, que la cour d'appel avait considéré que les créances litigieuses étaient sorties du patrimoine des crédits cédants. Par conséquent, la Cour de cassation fait droit au pourvoi, et casse l'arrêt de la cour d'appel.

Cependant, d'autre part, la Cour de cassation atténue et module considérablement les effets de l'inopposabilité de la cession de créance à titre de garantie. Cette inopposabilité ne conduit pas à ce que la cession soit dénuée de tout effet à l'encontre des créanciers du failli, mais seulement à ce qu'elle soit traitée, à l'égard des tiers, comme un gage. Plus précisément, une cession de créance à titre de garantie ne peut jamais apporter plus face aux créanciers en concours qu'un droit de gage sur cette créance, de sorte que le cessionnaire de la créance ne peut exercer plus de droits que ceux dont disposerait un créancier gagiste.

3. Traduction libre.

4. Traduction libre.

5. Bruxelles (17^{ème} ch.) 26 janvier 2009, *Dr.banc.fin.* 2011, liv. 2, p. 117, note I. PEETERS, *RW* 2010-11, liv. 19, p. 810.

6. Cass. 17 octobre 1996, C.94.0421.F, *Pas.* 1996, I, n° 386, p. 992, avec les conclusions de M. le proc. gén. R. Piret, alors av. gén., *RPS* 1997, n° 6720, p. 145, note T. BOSLY, *JLMB* 1997, p. 520, obs., *Rev.banque* 1997, p. 114, note I. PEETERS; voy. également: E. DIRIX, "Overzicht van rechtspraak. Voorrechten en hypotheeken (1991-1997)", *TPR* 1998, p. 528, n° 23; I. VEROUĞSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, 1998, n° 861 et s., p. 475 et *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, n° 3.7.6.14, pp. 661-662; F. BOUCKAERT, "La cession et le nantissement de créance en concours avec la saisie de la créance cédée et la faillite du cédant", *Rev.not.b.* 1998, pp. 301-302; M. STORME "Zekerheids-overdracht, numerus clausus van zakelijke rechten en andere zekerheidsmechanismen na het cassatiearrest van 17 oktober 1996", *RW* 1997, p. 1398; I. MOREAU-MARGRÈVE, "Du nouveau à propos de la cession de créance" dans *Vente et cession de créance*, CUP, 1997, p. 127; Fr. T'KINT, "L'engagement des créances" dans *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 299-300, n° 14.

7. Tels, par exemple, parmi de nombreux autres, que l'art. 101 de la loi sur les faillites – voy. *infra*.

8. L'arrêt de la cour d'appel était visiblement inspirée des positions défendues par ZENNER et PEETERS, "L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours", *JT* 2004, pp. 865 et s.; "Tegenwerpelijkheid van samenloopvermijdende contractuele waarborgmechanismen", *RW* 2004, pp. 481 et s.; "Faillite et compensation: une révolution copernicienne", *JT* 2005, pp. 333 et s.

9. Voy. également Anvers 28 février 2002, *RW* 2002-03, p. 97.

Il est intéressant de tenter d'analyser la technique utilisée par la Cour de cassation au soutien de cette décision: invite-t-elle à une requalification, à la sanction de la violation d'une norme supérieure ou à une conversion *sui generis*? Et dans chacune de ces hypothèses, sur quelles bases légales la Cour de cassation peut-elle prendre cette initiative?

Nous nous y attacherons après un bref rappel de la controverse relative à la cession de créance à titre de garantie.

6. En vertu d'une longue pratique bancaire, la cession de créances à titre de garantie est bien connue: les parties à un contrat de crédit conviennent que l'emprunteur cède une ou plusieurs créances au prêteur pour garantir le remboursement des sommes dues au titre du contrat de crédit. La cession est soumise à la condition résolutoire du paiement de la dette qu'elle doit garantir, et le prêteur s'engage à imputer ce qu'il perçoit du débiteur cédé sur les montants qui sont dus par l'emprunteur.

Cette technique est utilisée couramment dans un grand nombre de pays européens et, dans ces pays, la cession de créance à titre de garantie est considérée comme conférant certains avantages au créancier, comme la maîtrise de la créance cédée et une protection presque absolue en cas d'insolvabilité, avantages que n'offrent pas d'autres formes de sûretés sur créances¹⁰.

Le législateur belge a depuis longtemps eu recours à ce mécanisme dans plusieurs lois spéciales: la loi du 3 janvier 1958 relative aux cessions et mises en gage des créances sur l'Etat du chef de travaux et de fournitures, remplacée par l'article 23 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures

et de services et ensuite par l'article 43 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, la loi du 12 avril 1965 sur la protection de la rémunération des travailleurs (art. 27 à 35), l'article 4bis de la loi du 31 août 1939 sur l'Office National du Ducroire, la loi du 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières (art. 3), etc.

Le caractère très spécifique de ces législations conduit à douter de la reconnaissance du principe de la validité de la cession de créance à titre de garantie¹¹. En revanche, leur existence permet d'exclure qu'une telle cession serait contraire à l'ordre public¹².

La doctrine est cependant restée divisée sur cette question¹³ à l'instar de la jurisprudence des juridictions de fond¹⁴.

L'interprétation de la position de la Cour de cassation, quant à elle, demeure délicate.

Il est généralement admis que l'arrêt *Sart Tilman* n'a pas tranché la question de la validité de la cession de créance à titre de garantie. Cet arrêt part d'une considération de la décision attaquée selon laquelle la cession de créance litigieuse était constitutive d'une sûreté réelle établie en dehors des règles légales heurtant le principe d'égalité des créanciers, pour en déduire qu'en refusant de donner à cette cession tout effet postérieur au concours, l'arrêt attaqué avait fait une exacte application de ce principe. En réalité, un moyen du pourvoi critiquait précisément cette considération de l'arrêt attaqué, mais la critique n'a pas été examinée par la Cour de cassation, pour des raisons que la motivation de l'arrêt ne permet pas de découvrir. La doctrine la plus autorisée (même quand elle est hostile à la reconnaissance de la validité de la cession de créance à titre de garantie) n'a donc

¹⁰. Pour une analyse en droit anglais, voy. H. G. BEALE, M. BRIDGE, L. GULLIFER et E. LOMNICKA, *The Law of Personal Property Security*, Oxford University Press, 2007, n° 2.14.

¹¹. J. WINDEY, "Questions spéciales liées à la cession de créance dans ses rapports avec des mécanismes de garanties" dans *Le droit des sûretés*, Bruxelles, Ed. du Jeune Barreau, 1992, p. 458; I. MOREAU-MARGRÈVE, "Evolution du droit et de la pratique en matière de sûretés" dans *Les créanciers et le droit de la faillite*, CDVA, Bruxelles, Bruylant, 1983, p. 114; L. SIMONT, "De overdracht van schuldvoordering tot zekerheid" dans *Liber Amicorum Frédéric Dumon*, I, Anvers, Kluwer, 1983, p. 261.

¹². M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière, sûretés réelles et privilèges*, Bruxelles, Bruylant, 2006 p. 695, n° 1641.

¹³. Voy. E. DIRIX et R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, Malines, Kluwer, 2006, p. 438, n° 623; P.-A. FORIERS, "Les opérations fiduciaires en droit belge" dans *Les opérations fiduciaires*, Travaux du colloque de Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984, Paris, Feduci, LDGJ, 1985; M. GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 254, nr 366; A. LIMPENS et J. MAHAUX, "La cession de créance à titre de garantie" dans *Les sûretés issues de la pratique*, Bruxelles, PUB, 1983, vol. I, B; L. SIMONT, "De overdracht van schuldvoordering tot zekerheid" dans *Liber Amicorum Frédéric Dumon*, I, Anvers, Kluwer, p. 259; A.-M. STRANART, "De zekerheden" dans W. VAN GERVEN, H. COUSY et J. STUYCK, *Handels- en economisch recht*, 1989, T. I, vol. B, nos 698 à 700 et *Les sûretés*, Bruxelles, E.Story-Scientia, 1992, p. 131, n° 94; P. VAN OMMESLAGHE, "Les sûretés issues de la pratique – Développements récents" dans *Le droit des sûretés*, Bruxelles, Ed. du Jeune Barreau, 1992, nos 380 et s.; J. WINDEY, "Questions spéciales liées à la cession de créance dans ses rapports avec des mécanismes de garanties" dans *Le droit des sûretés*, Bruxelles, Ed. du Jeune Barreau, 1992, pp. 456 et s.; C. WITZ, "Les opérations fiduciaires en droit français" dans *Les opérations fiduciaires*, Travaux du colloque de Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984, Paris, Feduci, LGDJ, 1985; J. HERBOTS, "Pleidooi voor de invoering in België van het fiducie contract naar het trustnabootsende Franse model", *RW* 1993-94, pp. 313 et s.; R. PRIoux, "L'admissibilité en Belgique de l'Administratiekantoor, de la fiducie et du trust portant sur des actions d'une société de droit belge", *JT* 1996, pp. 449-459; F. DERÈME, "Conservation et transmission des domaines et châteaux familiaux", *RNB* 1997, pp. 6-43; J. JEGHERS, "La difficile intégration du trust anglo-saxon en droit civil belge", *RNB* 1995, pp. 311-337; C. LARROUET, "La fiducie inspirée du trust", *D.Chron.* 1990, pp. 119-121; J. LEGALL, "Le concept de fiducie dans le projet de loi sur la fiducie", *G.P.Doct.* 1992, pp. 507-510; J. JEGHERS, *Quelques modes de transmission volontaire de P.M.E. familiales sous forme sociétaire – De l'utilisation de la fiducie*, A.D. 1995, pp. 215-253; ZENNER et PEETERS, *o.c.*, *ibid.*

¹⁴. Voy. notamment Gand 1^{er} mars 1989, *RW* 1989-90, 1064; Civ. Liège 3 novembre 1982, *Jur.Liège* 1983, p. 199 qui invalident le procédé; Bruxelles 13 avril 1989, *Pas.* 1989, II, p. 254, *JT* 1990, p. 327, *RW* 1989-90, p. 195, qui en reconnaît la validité. *Adde*: Civ. Bruxelles 1^{er} mars 1996, *JLMB* 1997, p. 154; Anvers 20 septembre 1994, *RW* 1994-95, pp. 746-748, *T.Not.* 1995, pp. 128-133; voy. aussi sur la différence entre la fiducie et le gage: Comm. Charleroi 31 janvier 1996, *JLMB* 1996, pp. 1584-1586.

jamais vu dans l'arrêt du 17 octobre 1996, un arrêt de principe à cet égard¹⁵.

Son prononcé n'est pour autant pas passé inaperçu et de fortes inquiétudes ont immédiatement agité le monde des affaires. L'utilisation de la cession de créance à titre de garantie a dès lors fortement diminué dans la pratique après 1996¹⁶.

Pourtant la véritable portée de l'arrêt *Sart Tilman* est singulièrement limitée, car, en définitive, il repose:

- d'abord sur l'affirmation – indiscutable – que la dissolution d'une ASBL entraîne par elle-même un concours entre ses créanciers (ce qui est, en effet, conforme à une jurisprudence bien établie et très cohérente¹⁷);
- ensuite, sur l'affirmation, tout aussi indiscutable, qu'en vertu du principe de l'égalité des créanciers tous les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers à moins qu'il n'y ait entre eux des causes légitimes de préférence;
- enfin, sur la circonstance qu'est inopposable "*la convention souscrite entre (les parties) (...) constitutive d'une sûreté réelle, établie en dehors des règles légales, (et ainsi) heurtant le principe de l'égalité des créanciers*"; cette convention, créant une préférence dépourvue de cause légitime, serait préjudiciable aux autres créanciers, en sorte qu'elle ne pourrait recevoir d'effet pour la période postérieure au concours. Là encore, énoncée comme telle, la règle ne peut être qu'approuvée.

Ce en quoi, cependant, l'arrêt *Sart Tilman* n'a pas livré une solution satisfaisante à la problématique qui lui était soumise, c'est précisément en ce qu'il n'éclaircit pas la question cruciale de l'interprétation des termes '*sûreté réelle*'. L'utilisation de la propriété peut-elle être assimilée à '*une sûreté réelle*' et dans l'affirmative, avec quelles conséquences? Tout mécanisme conduisant à un effet de garantie, c'est-à-dire octroyant un confort plus important au créancier qui recherche le paiement de sa créance, doit-il recevoir cette qualification et se trouver gouverné par le régime juridique des sûretés réelles? Ce sont ces interrogations qui reçoivent aujourd'hui la réponse nuancée (mais étonnante) apportée par l'arrêt du 3 décembre 2010.

7. Avant d'aborder l'analyse technique des conséquences possibles de cette jurisprudence nouvelle, il paraît utile d'adopter l'angle de vue du praticien, afin d'approcher concrètement les véritables enjeux du problème.

Dans le cadre d'une opération de nature commerciale, la 'conversion' (voy. *infra*, n° 12) d'une cession de créance à titre de garantie en gage de cette même créance n'aura pas nécessairement de conséquences négatives pour le créancier.

En effet, pas plus que la cession de créance, le gage sur créances n'est soumis à une quelconque formalité pour être opposable aux tiers créanciers du débiteur gagiste¹⁸. Les formalités d'opposabilité au débiteur de la créance concernée sont identiques dans les deux cas: dès la notification à celui-ci, le créancier gagiste, comme le pourrait le cessionnaire, peut percevoir le montant dû au titre de la créance gagée. Le régime de l'opposabilité des exceptions n'est guère différent, qu'il s'agisse d'un gage ou d'une cession de créance. Par ailleurs, la solution consacrée par la Cour de cassation ne donne pas lieu à un problème particulier au gage qui serait lié à la période suspecte.

Là où se situent les inconvénients majeurs du gage par rapport à la cession, c'est – on peut s'en douter – dans les rapports qu'entretient le gagiste avec d'autres créanciers disposant d'un privilège spécial sur la même assiette. Alors que le cessionnaire évince les privilégiés, le gagiste s'y trouve confronté au contraire, et parfois, il sort vaincu de cette confrontation.

Ainsi, en va-t-il, par exemple, du conflit entre le créancier gagiste sur créance et le sous-traitant de travaux immobiliers¹⁹.

8. Il est donc primordial, malgré la proximité de leur régime juridique, de pouvoir distinguer clairement le gage de créance de la véritable cession, usuellement désignée, dans la pratique, par la dénomination de '*true sale*'.

Dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt du 3 décembre 2010, les parties avaient conclu plusieurs ouvertures de crédit dont les conditions prévoyaient que les emprunteurs céderaient au créancier "toutes sommes et indemnités qui pourraient leur échoir, de quelque chef que ce soit, ainsi que les loyers de leurs biens immeubles" en vue de garantir le remboursement du crédit.

Mais l'on peut envisager une situation où les parties n'ont pas conclu de contrat de crédit assorti d'une cession de créance, mais plutôt une opération de financement qui consiste, toute entière, en une cession de créance. Les tribunaux peuvent-ils requalifier une opération de financement basée sur le mécanisme de la cession de créance, en cession de créance à titre de garantie, à convertir par conséquent en

¹⁵ I. MOREAU-MARGRÈVE, "Du nouveau à propos de la cession de créance" dans *Vente et cession de créance*, CUP, 1997; M.E. STORME, note sous l'arrêt au *RW* 1996-97, pp. 1395 et s.

¹⁶ Voy. I. PEETERS, "Eigendom tot zekerheid" dans *Voorrechten en hypotheken. Artikelgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Malines, Kluwer.

¹⁷ Solution constante. Voy. dans la jurisprudence récente: Cass. 19 janvier 1984, *Pas.* 1984, I, p. 546, *RPS* 1985, 239, note Fr. T'KINT; Cass. 23 janvier 1992, *Pas.* 1992, I, p. 445 et concl. Janssens de Bisthoven.

¹⁸ Art. 1690 C.civ.; le gage devra, cependant, faire l'objet d'une notification au débiteur cédé pour lui être opposable.

¹⁹ Cass. 25 mars 2005, C.03.0378.N, *Pas.* 2005, I, p. 725, *RCJB* 2005, p. 472, note M. GRÉGOIRE, "La double protection du sous-traitant de travaux immobiliers", pp. 481 et s.

gage? Le cas échéant, sur la base de quels critères les tribunaux pourraient-ils prendre une telle décision?

Illustrons la question à l'aide de l'opération de titrisation de créances de l'Etat.

Cette opération a consisté pour l'Etat à céder, moyennant le paiement de sa valeur estimée de marché, une partie de l'arriéré d'impôts sur le revenu de l'Etat à un organisme de titrisation créé spécialement pour les besoins de l'opération. Cet organisme finançait l'acquisition de ces créances en émettant des titres sur les marchés financiers. Le recouvrement des créances continuait à être effectué par l'administration fiscale, et au fur et à mesure de ce recouvrement, les montants récupérés étaient alors transférés au véhicule de titrisation, qui remboursait à son tour les souscripteurs des titres. Un éventuel surplus revenait à l'Etat.

Dans son avis sur la loi-programme du 11 juillet 2005²⁰, le Conseil d'Etat s'est interrogé sur la nature exacte de l'opération envisagée – et finalement réalisée – par l'Etat. Le Conseil d'Etat remarquait que l'opération différait d'une cession de créances ordinaire notamment parce que (i) la cession ne serait pas notifiée aux débiteurs cédés, (ii) "le cessionnaire (ou ses actionnaires) n'a (n'ont) aucun intérêt à la cession", puisque "les montants recouverts qui excèdent la somme des montants dus par le cessionnaire aux souscripteurs des titres émis dans le cadre de la titrisation et des coûts de l'opération de titrisation reviennent à l'Etat", et (iii) la cession ne devait pas "affecter la relation entre l'Etat et les contribuables dont les dettes sont cédées".

En réponse aux questions soulevées par le Conseil d'Etat, les travaux préparatoires de la loi du 11 juillet 2005 précisent (i) que la notification au débiteur cédé n'est pas une condition de validité de la cession de créance, (ii) qu'il est de pratique courante que le cédant continue à recouvrer les créances cédées selon les modalités convenues avec le cessionnaire, et (iii) qu'il n'appartient pas au législateur de préjuger de l'intérêt du véhicule de titrisation à s'engager dans la transaction, pour conclure ensuite qu'il "s'agit bien d'une vente emportant transfert de propriété et des risques à un organisme de titrisation totalement distinct de l'Etat", et donc d'une *'true sale'*.

Arrivera-t-on toujours à la même conclusion face à des opérations de titrisation de créances commerciales ordinaires?

Dans ces opérations, une société commerciale cède un grand nombre de créances commerciales à un véhicule de titrisation qui émet des obligations pour financer l'acquisition de ces créances. Le prix d'achat que va payer le véhicule de titrisation au cédant pour les créances cédées comprend généralement un prix d'achat initial et un prix d'achat différé, ce dernier dépendant de la performance du portefeuille

cédé. Le cédant continuera à assurer le recouvrement des créances cédées, et transférera à intervalles réguliers les montants ainsi recouverts au véhicule de titrisation²¹.

Ces opérations sont-elles susceptibles d'être requalifiées, converties, ou autrement transformées par les tribunaux en contrats de prêts assortis d'un gage sur créances? Qu'en est-il dans le même ordre d'idées, de cessions réalisées dans le cadre d'un affacturage?

Les éléments suivants semblent pertinents pour distinguer la cession de créances ordinaire de la cession de créance à titre de garantie: (i) la cession de créance à titre de garantie tend au remboursement d'un prêt; il faut dès lors qu'il y ait eu la mise à disposition d'une somme d'argent, et un engagement de rembourser cette somme d'argent; cet élément n'est pas présent lorsque le cessionnaire convient d'acheter une créance au cédant, sans que le cédant ait d'obligation de remboursement, mais uniquement celle de transférer au cessionnaire le montant recouvert au titre de la créance cédée; (ii) dans une opération de cession de créance à titre de garantie, l'obligation de remboursement du cédant n'est pas conditionnée par le montant recouvert au titre de la créance cédée; si ce montant est insuffisant pour rembourser le prêt, le cédant sera tenu de rembourser la différence au cessionnaire; dans le cadre d'une cession de créance ordinaire, le cessionnaire ne perçoit que le produit de la créance; (iii) dans le même esprit, dans le cadre d'une cession de créances à titre de garantie, le cédant n'est tenu qu'au remboursement du prêt; si le montant recouvert au titre de la créance cédée est supérieur au montant dû, l'excédent reviendra au cédant; dans le cadre d'une cession ordinaire, l'excédent éventuel reviendra au cessionnaire (iv) dans une opération de cession de créance à titre de garantie, le cessionnaire n'a qu'un droit temporaire sur la créance cédée, alors que le propriétaire ordinaire de la créance a un droit perpétuel sur cette créance; (v) enfin, dans une cession de créance à titre de garantie, le cessionnaire s'engage à restituer la créance cédée dès lors que le montant du prêt aura été remboursé; le cessionnaire d'une créance à titre de garantie ne peut dès lors disposer librement de la créance cédée, du moins dans ses rapports avec le cédant. En revanche, le fait que le débiteur cédé n'ait pas été prévenu de la cession, ou que le cédant puisse, dans certaines circonstances, racheter une ou plusieurs créances cédées précédemment, ne semble pas pertinent pour identifier la cession de créance à titre de garantie et la distinguer de la véritable cession.

Dans les opérations – souvent complexes – d'affacturage ou de titrisation de créances commerciales, les critères décrits ci-dessus seront souvent adaptés aux besoins de l'opération. Le cédant et le cessionnaire peuvent, par exemple, convenir contractuellement d'une répartition d'un éventuel excédent du montant recouvert au titre de la créance cédée, ou encore

²⁰. Avis du Conseil d'Etat n° 38.432/1/2/3/4.

²¹. En pratique il y aura souvent compensation entre d'une part le prix d'achat des nouvelles créances cédées par le cédant et d'autre part les montants recouverts par le cédant au titre des créances qui ont déjà fait l'objet d'une vente. Seule la différence (positive ou négative) fera l'objet d'un paiement.

convenir que le cessionnaire ne pourra pas disposer librement des créances cédées, sans que cela n'affecte la nature de l'opération (donc la *'true sale'*).

9. Un fois franchie cette étape de l'identification, nous avons envisagé plusieurs pistes (voy. *supra*, n° 8) pour aborder l'analyse de l'arrêt du 3 décembre 2010: requalification, sanction, conversion. Comment appréhender juridiquement, et sur quelles bases légales, le passage de la cession au gage?

10. *"Qualifier un contrat consiste à définir à quelle catégorie juridique le contrat appartient afin de déterminer les règles qui s'y appliquent. (La démarche de qualification) est particulièrement importante pour les contrats nommés puisque toute qualification se traduit par l'application au contrat d'un corps de règles spécifiques correspondant à cette qualification"*²².

La qualification découle de la volonté commune et réelle des parties, qu'il appartient au juge d'interpréter. En conséquence, si le juge n'est pas tenu par la qualification donnée par les parties au contrat, il ne peut néanmoins trahir la portée de leurs consentements. Selon la jurisprudence constante de la Cour de cassation, *"lorsque les éléments soumis à son appréciation ne permettent pas d'exclure la qualification donnée par les parties à la convention qu'elles ont conclue, le juge ne peut y substituer une qualification différente"*²³.

La méthode originale dont l'arrêt du 3 décembre 2010 fait usage s'écarte de la démarche de qualification.

En l'espèce, les juges d'appel avaient constaté que la créance litigieuse avait été cédée, certes, à titre de garantie, mais que la commune volonté des parties ne consistait pas en la conclusion d'un gage.

Il ne s'agit donc nullement pour la Cour de cassation de faire émerger la commune intention des parties malgré les dénominations choisies par elle – ce qui dépasserait d'ailleurs les limites de sa mission –, mais plutôt d'appliquer d'autorité à une convention correctement qualifiée certaines règles (pas toutes) empruntées au régime juridique régissant une autre catégorie de conventions.

En effet, selon l'arrêt du 3 décembre 2010, la cession de créance à titre de garantie ne peut, à l'égard des créanciers en concours produire plus d'effets qu'un gage de créance. Cette considération implique *a contrario* (i) qu'entre les parties contractantes, les effets de la cession sont intégralement maintenus; et (ii) qu'en dehors du concours, l'opposabilité

de la cession de créance aux tiers (p. ex., l'Etat belge au travers du Service Public Fédéral Finances, ou le débiteur de la créance concernée) ne se trouve pas compromise ou amoindrie.

La pertinence d'une telle restriction se confirme à la lecture du motif selon lequel le principe de l'égalité des créanciers et les articles 7 et 8 de la loi hypothécaire, en tant qu'ils dérogent aux effets internes et externes des contrats, entraînent l'inopposabilité d'une sûreté réelle non prévue par la loi aux créanciers *en concours*.

11. Faut-il en déduire que le passage de la cession au gage s'identifie à une sanction pour violation du principe de l'égalité des créanciers, ainsi que des articles 7 et 8 de la loi hypothécaire?

Là se situe évidemment le nœud des tensions évoquées plus haut entre les différentes lectures des règles précitées. Selon les professeurs Georges et Biquet, l'égalité des créanciers aurait une portée telle qu'elle permettrait, en effet, d'entraîner l'inopposabilité en cas de concours de garanties extralégales²⁴. Toute garantie non moulée aux contours d'une sûreté traditionnelle serait donc *'hors la loi'* pour reprendre notre question originelle.

Telle n'est pas l'opinion d'autres auteurs. Pour synthétiser cette seconde position, on peut brièvement rappeler le raisonnement sur lequel ils se fondent comme suit: (i) aussi longtemps que le titulaire d'un patrimoine en a la libre disposition, ses créanciers n'ont guère le pouvoir d'orienter, de contrôler, de baliser ou de rectifier les opérations qu'il y a accomplies. Ils doivent, selon les expressions consacrées, lui faire *'crédit'*, suivre *'la foi'* inhérente à la liberté qui lui est ainsi reconnue. Ces créanciers disposent, pour tenter de préserver leurs intérêts, d'actions en nombre limité, chacune d'entre elles répondant à des conditions spécifiques et entraînant des effets propres: l'action en annulation pour violation d'une règle d'ordre public, l'action en déclaration de simulation, l'action paulienne, l'action oblique, l'action en inopposabilité pour non-accomplissement d'une formalité de publicité, l'action en responsabilité; en dehors de ces hypothèses, seule une affectation réelle (par la constitution d'un droit réel ou le recours à une mesure entraînant une emprise comparable au droit réel – saisie, séquestre, scellés, ...) serait de nature à conférer à ceux qui en bénéficient un *'droit acquis'*, parfois seulement conservatoire, sur certains biens de leur débiteur; (ii) le privilège en tant que tel (sauf les exceptions assimilables au gage) n'engendre aucune affectation réelle ni même aucun effet quelconque en dehors du

²² P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, T. 2, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 621, n° 407.

²³ Cass. 23 décembre 2002, S.01.0169.F; Cass. 28 avril 2003, S.01.0184.F, *Pas.* 2003, I, p. 880, *JTT* 2003, p. 261, obs.; Cass. 17 décembre 2007, S.06.0109.F, *Pas.* 2007, I, p. 2362, *JLMB* 2008, p. 1174.

²⁴ Fr. GEORGES, *La saisie de la monnaie scripturale*, Bruxelles, Larcier, 2006, n°s 78 et s.; "La banque et l'égalité des créanciers dans le concours", *Banque et insolvabilité*, AEDBF, Bruxelles, 2006, n°s 92 et s.; "Les droits des créanciers confrontés à une procédure collective: vers une inexorable érosion de la théorie du concours?", *RCJB* 2007, pp. 246 et s.; Ch. BIQUET, "Les sûretés", *Chroniques notariales*, vol. 43, Larcier, 2006, p. 168; Ch. BIQUET et Fr. GEORGES, "Les espaces de liberté dans le domaine des sûretés et garanties de paiement" dans *Les espaces de liberté en droit des affaires*, CDVA, 2007, n°s 1 et s.

concourent; les biens qui, le cas échéant, en constitueraient l'assiette lors de la survenance d'une procédure d'exécution forcée sont entièrement abandonnés à la libre disposition de leur propriétaire; (iii) lorsque le régime du dessaisissement remplace celui de la libre disposition, le patrimoine du débiteur concerné est figé, selon la consistance qu'il lui a été librement donnée antérieurement, pour que commence l'heure des comptes et de la répartition ordonnée du produit de réalisation des actifs entre tous les prétendants droits, en fonction de leurs sources de préférence respectives ou, à défaut, des exigences de la distribution au marc le franc.

Dans ce système, l'égalité des créanciers, hormis au travers des règles spécifiques de la période suspecte, n'offre aucun outil de remodelage de la consistance du patrimoine du débiteur avec effet rétroactif, rétrospectif ou déclaratif.

Ce patrimoine se présente aux prétentions des créanciers dans l'état où il se trouve lors de l'exécution, ni plus ni moins. En dehors des actions énumérées plus haut, il ne leur est pas permis de réinventer les actes qui ont conduit à le modaliser jusque-là. L'effet externe de ces actes s'impose à eux comme un ensemble de faits constitutifs de la réalité économique à laquelle ils sont confrontés. S'installe ensuite, dans le cadre de l'exécution forcée, une situation de concours renversant le paradigme des relations juridiques en cause; les enjeux se délocalisent et les créanciers, ignorant leur débiteur dessaisi, cherchent à discerner la juste part devant revenir à chacun d'entre eux en fonction de leurs droits acquis respectifs et de la meilleure valorisation possible des actifs à répartir. C'est lors de cette dernière étape – et alors seulement – que les effets de l'égalité des créanciers, de la légalité des privilèges et de l'ordonnement des causes de préférence trouvent à s'exprimer²⁵.

C'est en ce sens que l'on peut comprendre que les règles du concours *'dérogent nécessairement'*, selon l'expression utilisée par la Cour de cassation, aux effets engendrés par les contrats. A proprement parlé, il n'est cependant pas question de dérogation, mais de changement d'angle de vue sur un patrimoine donné, selon que son titulaire en dispose encore ou que ses créanciers s'en sont emparés.

Sur de telles bases, il est difficile d'apercevoir en quoi les créanciers en concours pourraient puiser dans les articles 7 et 8 de la loi hypothécaire ou le principe de l'égalité un outil de remodelage en gage d'une cession de créance, lorsque par hypothèse, cette cession n'est pas atteinte d'un vice, qu'elle est non simulée, non constitutive de fraude paulienne ou de faute, et qu'elle a été consentie hors toute période suspecte. Pourtant, à suivre la Cour de cassation, il semblerait bien

exister une contrainte légale, dont le révélateur serait le concours et nul autre événement qui, une fois celui-ci survenu, agirait sur le passé pour le revisiter et recadrer toute opération conduisant à un effet de garantie dans les limites tracées par les sûretés nommées, à savoir en matière mobilière, le gage.

Si tel est bien la portée de l'enseignement de la Cour de cassation, prolongeant ainsi, contre toute attente, la position de l'arrêt *Sart Tilman*, cela nous paraîtrait, dans l'état actuel du droit positif, difficile à comprendre, délicat à utiliser et pour tout dire, impossible à admettre.

Heureusement, l'arrêt du 3 décembre 2010 apporte une précision d'importance: il ne s'agit pas de vider entièrement la garantie de ses effets en cas de concours mais seulement de la rétrograder en gage, ce qui représente assurément un moindre mal.

12. Certes, une disposition légale spécifique peut ordonner la conversion d'un mécanisme en un autre.

Le législateur recourt parfois à la technique de la dégénérescence d'un droit pour protéger certains intérêts opposés dans des circonstances particulières: ainsi, l'article 31, 2^{ème} alinéa de la loi du 31 janvier 2009 relative à la réorganisation judiciaire ne maintient qu'un effet purement conservatoire à toute saisie (même exécution) déjà pratiquée avant l'ouverture de la procédure.

Dans le même esprit, l'article 71 du projet de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières propose d'insérer dans un nouveau Titre XVII du Livre III du Code civil, un article 62 disposant qu' *"une cession de créance à titre de sûreté confère uniquement au cessionnaire un gage sur la créance cédée"*.

Cette modification traduit l'approche fonctionnelle, recommandée par le *Guide législatif* de la CNUDCI, qui inspire la réforme. On entend par approche fonctionnelle, *"une approche rationnelle et intégrée dans le cadre de laquelle des figures de sûretés analogues doivent avoir les mêmes effets juridiques, indépendamment de leurs différences conceptuelles"* (voy. *exposé des motifs*, p. 8).

Ce nouvel article 62 pourrait constituer la base légale d'une conversion *sui generis* de la cession de créance à titre de sûreté en gage de créance, sans opérer d'ailleurs de distinction entre les effets concernant les parties et ceux qui s'adressent aux tiers, quels qu'ils soient.

Il est permis de penser que l'arrêt du 3 décembre 2010 anti-

²⁵ Voy. sur ce qui précède et sur les conséquences que cela engendre au sujet de l'articulation entre l'autonomie de la volonté et les règles du concours, M. GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 118 et s.; *Publicité foncière, sûretés réelles et privilèges*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 101 et s.; obs. sous Bruxelles 18 décembre 1991, *JT* 1992, pp. 602 et s.; A.-M. STRANART, *Rapport de synthèse. Les sûretés*, Feduci, 1984, p. 569; P. VAN OMMESLAGHE, "Les sûretés nouvelles issues de la pratique – Développements récents" dans *Le droit des sûretés*, Bruxelles, Ed. du Jeune Barreau, 1992, pp. 381 et s.; A. ZENNER et I. PEETERS, *o.c.*, *ibid.*; C. ALTER, "Cantonement amiable, affectation de compte et concours: état de la question", *JT* 2007, pp. 530 et s.; "Evolutions récentes en droit de l'insolvabilité" dans *Sûretés et procédures collectives*, CUP, 2008, pp. 189 et s.

cipe cette nouvelle législation. En cela, il mérite que l'on rende hommage à sa modernité. Mais en tant qu'elle s'inscrit dans le contexte du droit positif (non encore modifié), la

position adoptée dès à présent par la Cour de cassation risque, malgré tout, d'entraîner de profondes difficultés d'interprétation.