

L'opposabilité du droit de rétention bénéficiant au créancier gagiste

Michèle Grégoire¹

A. Position de la question	421
B. Champ d'application du droit de rétention bénéficiant au créancier gagiste	422
C. Caractéristiques du droit de rétention bénéficiant au créancier gagiste	422
D. Le droit de rétention bénéficiant au créancier gagiste dans le cadre d'une procédure de réorganisation judiciaire	424
E. Conclusion	427

RÉSUMÉ

Toutes les formes de gage portant sur un ou plusieurs biens mobiliers corporels, en matière civile ou commerciale, remis au créancier gagiste ou à un tiers détenteur font naître un droit de rétention spécifique permettant de conditionner la restitution de l'assiette grevée au paiement de toute la créance garantie, en principal, intérêts et autres accessoires.

Ce droit de rétention n'est pas entravé par l'ouverture et la poursuite d'une procédure collective d'insolvabilité quelle qu'elle soit, entraînant ou non le dessaisissement. Il est également opposable au créancier saisissant, au tiers acquéreur du bien ou au titulaire d'un autre droit réel sur le bien retenu, pourvu que les conditions d'existence et d'opposabilité de la rétention soient satisfaites avant la naissance de ces droits.

Toutefois, comme toutes les autres prérogatives du créancier gagiste, l'utilisation du droit de rétention peut être anéantie ou réduite par le juge pour la ramener dans une limite raisonnable par application de la notion d'abus de droit, pour autant que les critères d'application de cette notion se trouvent réunis selon les circonstances de l'espèce.

SAMENVATTING

Alle vormen van pandrechten op één of meerdere lichamelijke roerende goederen – voor zekerheid van zowel handels- als burgerlijke schuldvorderingen – waarvan de pandhoudende schuldeiser of een derde houder in het bezit worden gesteld, doen een specifiek retentierecht ontstaan, dat het mogelijk maakt de teruggave van het bezwaarde goed te laten afhangen van de volledige betaling van de gewaarborgde schuldvordering, zowel wat het hoofdbedrag als wat de interesten en bijhorigheden betreft.

Dat retentierecht wordt niet gehinderd door de opening en de voortzetting van om het even welke vorm van collectieve insolventieprocedure, met of zonder buitenbezitstelling. Het kan ook worden ingeroepen tegen de beslagleggende schuldeiser, de derde verkrijger of de houder van een ander zakelijk recht op het goed waarop het retentierecht wordt uitgeoefend, voor zover vóór het ontstaan van die andere rechten wordt voldaan aan de bestaansvoorwaarden en aan de voorwaarden van tegenwerpelijheid van het retentierecht.

Zoals alle andere rechten van de pandhoudende schuldeiser kan de aanwending van het retentierecht door de rechter ongedaan worden gemaakt of tenminste beperkt om de uitoefening ervan binnen redelijke perken te houden met toepassing van de leer van het rechtsmisbruik, voor zover aan de toepassingsvoorwaarden ervan in de gegeven omstandigheden wordt voldaan.

A. POSITION DE LA QUESTION

1. Le gage est défini, par l'article 2071 du Code civil, comme "un contrat par lequel un débiteur remet une chose à son créancier pour sûreté de la dette".

Cette conception générique vaut pour toute forme de gage,

quelle que soit la législation particulière appelée à régir la sûreté, en fonction de sa nature – civile ou commerciale – ou de son assiette (bien mobilier corporel, bien mobilier incorporel, fonds de commerce, droits intellectuels, ...).

¹ Avocat à la Cour de cassation; professeur ordinaire à l'Université libre de Bruxelles.

2. L'objectif poursuivi par le gage consistant en l'obtention du meilleur remboursement possible de la dette garantie, les prérogatives essentielles conférées au créancier gagiste portent, en substance, sur (i) la préservation du bien dans le patrimoine du constituant au cours de la période dite 'de latence', s'écoulant entre la formation du gage et la date d'exigibilité de la créance garantie et sur (ii) le bénéfice d'un droit de préférence s'exerçant sur le produit de réalisation de l'assiette grevée dans l'hypothèse où s'impose une exécution forcée de la créance garantie.

B. CHAMP D'APPLICATION DU DROIT DE RÉTENTION BÉNÉFICIAIRE AU CRÉANCIER GAGISTE

4. Aux termes de l'article 2082, 1^{er} alinéa, du Code civil, "le débiteur ne peut, à moins que le détenteur du gage n'en abuse, en réclamer la restitution qu'après avoir entièrement payé, tant en principal qu'intérêts et frais, la dette pour sûreté de laquelle le gage a été donné".

Le droit de rétention est indivisible, comme l'est le gage lui-même, en vertu de l'article 2083 du Code civil. Le créancier gagiste n'est donc jamais tenu à la restitution du bien tant qu'une partie de la dette reste encore due³.

5. Bien que l'article 2084 du Code civil dispose que les dispositions relatives au gage civil "ne sont applicables ni aux matières de commerce, ni aux maisons de prêt sur gage

3. Lorsque le gage suppose la dépossession du débiteur, le droit du créancier gagiste de retenir le bien à l'échéance du contrat, par la surséance à sa restitution tant que la dette garantie n'est pas complètement et parfaitement payée, est moins connu². Cette spécificité mérite cependant une attention particulière, en raison de son efficacité considérable dans le cadre d'une procédure collective d'insolvabilité.

autorisées, et à l'égard desquelles on suit les lois et règlements qui les concernent", il est admis qu'en raison du caractère fragmentaire de la loi du 5 mai 1872 relative au gage commercial, les articles 2073 à 2084 du Code civil s'appliquent à titre résiduaire en matière commerciale, sans préjudice des règles particulières qui y sont réservées.

6. Il en va de même de la loi du 18 novembre 1862 portant institution du système des warrants, qui ne comporte qu'un ensemble de précisions sur l'émission, la forme et l'endossement des warrants et des cédules, ainsi que sur les droits et les devoirs du porteur.

C. CARACTÉRISTIQUES DU DROIT DE RÉTENTION BÉNÉFICIAIRE AU CRÉANCIER GAGISTE

7. Le gage portant sur des biens mobiliers corporels étant un contrat réel, il ne se forme et ne se maintient, selon l'article 2076 du Code civil, que par la mise en possession du créancier gagiste ou d'un tiers convenu. Pour que le gage soit valable en cas d'intervention d'un tiers convenu, il convient que ce dernier accepte de détenir le gage pour compte des deux parties et en leurs qualités respectives, en vertu d'une convention spéciale, généralement de dépôt, de mandat ou les deux⁴.

Tout tiers capable de s'obliger peut agir comme tiers convenu.

Aussi, le créancier gagiste peut-il être tiers convenu pour compte d'un autre gagiste en cas de double gage ou pour le compte d'un tiers qui, ayant payé la dette garantie, est subrogé dans les droits du créancier gagiste⁵.

8. Qu'il soit conféré au créancier gagiste directement ou

par l'intermédiaire d'un tiers convenu, le gage emporte le droit de 'posséder' la chose d'une manière opposable à tous. Ce droit sert à assurer la préservation de l'assiette pendant la durée du gage ainsi que le droit de la faire réaliser, le cas échéant, en cas d'inexécution de la créance garantie. En cas de concours, il permet également l'opposabilité du privilège aux tiers.

Il s'agit cependant d'une possession particulière, en ce qu'elle n'est exercée qu'à titre pignoratif, l'*'animus'* de la possession n'étant pas celui d'un propriétaire mais seulement celui d'un créancier cherchant à obtenir et conserver une garantie à son profit. C'est ce que l'on appelle une '*quasi possession*', c'est-à-dire la manifestation et l'exercice des attributs d'un droit réel autre que la propriété⁶.

Pour le surplus, parallèlement à cette '*quasi possession*', le créancier gagiste présente la qualité de détenteur, astreint à une obligation de restitution envers le constituant, lequel

2. W. DERIJCKE, "Le contrat de gage" in *Actualités du droit des sûretés*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2010, p. 44, n° 15.

3. Fr. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, 4^{ème} éd., Bruxelles, Larcier, 2004, p. 152, n° 289.

4. M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière, sûretés réelles et privilèges*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 446, n° 1055; W. DERIJCKE, "Le contrat de gage" in *Actualités du droit des sûretés*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2010, pp. 37 et 38, n° 4 à 8.

5. Cass., 3 décembre 1896, *Pas.*, 1897, I, p. 39, avec les concl. de M. le proc. gén. Ch. Mesdach de ter Kiele.

6. Sur la notion de *quasi-possession*, comp. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, T. V, Bruxelles, Bruylant, 1941, pp. 733-734, n° 836; comp. J. HANSENNE, *Les biens, Précis*, I, Ed. Collection scientifique de la faculté de droit de Liège, 1996, pp. 153-154, n° 133; C. LEBON, *Het goederenrechtelijk statuut van schuldvorderingen*, Anvers-Oxford, Intersentia, 2010, pp. 163-164, n° 146.

pour sa part, conserve la qualité de propriétaire en dépit de la constitution du gage⁷.

C'est précisément cette obligation de restitution qui peut engendrer, dans certaines conditions, la mise en œuvre du droit de rétention.

9. Lorsqu'il repose sur la connexité, le droit de rétention peut se définir comme le droit reconnu à un créancier de refuser, aussi longtemps qu'il n'est pas payé, la restitution d'une chose appartenant à son débiteur, qu'il détient légitimement mais pas en exécution d'un nantissement⁸.

Lorsqu'il repose sur l'article 2082 du Code civil, le droit de rétention suppose au contraire la préexistence d'un nantissement. Dans ce cas, le lien avec la créance dont le paiement est recherché ne découle pas d'une interdépendance de même niveau entre celle-ci et la chose mais d'un rapport de principal à accessoire⁹.

Malgré cette nuance, l'analogie fondamentale entre les deux types de droit de rétention peut être admise, étant donné qu'il est reconnu aujourd'hui que l'origine du lien d'interdépendance ne doit plus nécessairement être découverte dans une convention synallagmatique mais, plus simplement, dans un rapport né *'ex eadem causa'* même s'il implique l'existence de plusieurs contrats¹⁰.

10. Les effets du droit de rétention sont à la fois limités et intenses.

L'on sait que, lorsqu'il ne met face à face que le rétenteur et son débiteur, le droit de rétention constitue un simple moyen de pression, de nature à provoquer le paiement de la créance du rétenteur. Le droit de rétention n'autorise pas le créancier à requérir la vente du bien retenu¹¹. Malgré cette imperfection, la garantie se révèle généralement efficace, car le débiteur, en principe, exécute sa dette pour récupérer son bien. En l'absence de procédure collective d'insolvabilité, le débiteur ne se trouve pas dans une situation où le paiement lui est

impossible. Il ne subit aucune interdiction du droit d'exécuter le paiement de sa dette. L'exécution est dès lors toujours réalisable, éventuellement grâce au recours à l'emprunt.

Il n'en va pas de même lorsque, devenu insolvable, le débiteur est placé de droit dans l'incapacité de payer.

Le rétenteur ne bénéficie en principe d'aucun droit de prélever sur le produit de la réalisation du bien retenu, la somme correspondant au montant de sa créance¹².

En tant que créancier, il prend part, certes, à la saisie collective et, en cette qualité, il peut se prévaloir, comme les autres, d'un droit à percevoir une partie du prix de la chose mais sa qualité de rétenteur ne modifie pas le statut de sa créance, qui reste, le cas échéant, chirographaire¹³ ou, dans le cas du droit de rétention reposant sur l'article 2082 du Code civil, qui reste garantie par un gage subissant, en principe, certains effets limitatifs de la procédure.

Cependant, il est admis que le droit de rétention offre au rétenteur une chance significative d'être désintéressé de la totalité de sa créance.

Comment cette situation préférentielle se produit-elle?

Dans le cadre d'une faillite, le curateur nommé en vue de présider à la liquidation du patrimoine, est contraint de prendre position quant au sort de l'objet retenu et ne peut se borner à accepter indéfiniment la rétention, par l'un des créanciers, d'un bien appartenant au failli. Le problème d'ailleurs est identique *mutatis mutandis* en cas d'exception d'inexécution.

Face à cette obligation, le curateur, pour récupérer le bien, rembourse le créancier; ou, au contraire, en abandonne la propriété en évaluant cette perte à une somme imputable sur la créance du rétenteur¹⁴.

Comme Monsieur Van Ommeslaghe l'a démontré dans une note classique¹⁵, il faut admettre que le droit de rétention, opposable à la masse des créanciers du failli, change fonda-

7. M. GREGOIRE, *Publicité foncière, sûretés réelles et privilèges*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 449-450, n^{os} 1071-1072; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, T. VI, Bruxelles, Bruylant, 1942, p. 1066, n^o 1057.

8. L. LAMINE, *Het retentierecht*, in J.H. HERBOTS (ed.), *Bijzondere overeenkomsten*, Anvers, Kluwer, 1980, pp. 420 et s.; J. VAN COMPENOLLE, "Les sûretés réelles traditionnelles en droit belge" in A. BRUYNEEL et A.-M. STRANART (dirs.), *Les sûretés*, Colloque de Bruxelles des 20 et 21 octobre 1983, Paris, Feduci, 1984, pp. 61 et s. Voy. aussi P. VAN OMMESLAGHE, "La sanction de l'inexécution du contrat" in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Editions du Jeune Barreau, 1984, pp. 236 et s., n^{os} 42 et s.; L. LAMINE, *Het retentierecht*, Anvers, Kluwer, 1982, pp. 1-3, n^{os} 6-7.

9. M. GREGOIRE, *Publicité foncière, sûretés réelles et privilèges*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 451, n^o 1074.

10. J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, T. IV, 2^{ème} éd., Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 244.

11. Civ. Bruxelles, 28 juin 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p. 1655.

12. E. DIRIX et R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, in *Beginselen van Belgische Privaatrecht*, XII, 5^{ème} éd., Malines, Kluwer, 2006, p. 380, n^o 552; I. MOREAU-MARGRÈVE, "Les sûretés" in *Chronique de droit à l'usage du Palais*, T. III, Bruxelles, E.Story-Scientia, 1987, p. 158; P. VAN OMMESLAGHE, "La sanction de l'inexécution du contrat", *o.c.*, p. 241, n^o 46.

13. A.-M. STRANART, "De zekerheden", in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, T. XIII, *Handels- en economisch recht, I/B, Ondernemingsrecht*, Bruxelles, E.Story-Scientia, 1989, p. 662; P. VAN OMMESLAGHE, "Observations sur l'étendue et les effets du droit de rétention et de l'*exceptio non adimpleti contractus*, spécialement en cas de faillite du débiteur" (note sous Gand, 4 mai 1961), *R.C.J.B.*, 1983, p. 76 et "Examen de jurisprudence. Les obligations (1974 à 1982)", *R.C.J.B.*, 1988, p. 259, n^o 143.

14. I. VEROUSTRATE, 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*, Kluwer, Malines, 2010-11, p. 651, n^o 3-7-6-3.

15. P. VAN OMMESLAGHE, "Observations sur l'étude et les effets du droit de rétention et de l'*exceptio non adimpleti contractus*, spécialement en cas de faillite du débiteur" (note sous Gand, 4 mai 1961), *R.C.J.B.*, 1963, p. 82; voy. également "La sanction de l'inexécution du contrat", *o.c.*, 1984, p. 241, n^o 46; "Examen de jurisprudence. Les obligations (1974 à 1982)", *R.C.J.B.*, 1988, p. 259, n^o 143.

mentalement de nature en cas de faillite (ou plus généralement en cas de liquidation portant sur l'ensemble du patrimoine du débiteur, rendant impossible l'exécution volontaire par ce dernier de la créance du rétenteur). De moyen de pression tendant à provoquer l'exécution de la créance du rétenteur, le droit de rétention devient nécessairement une véritable garantie d'origine prétorienne¹⁶.

11. L'opposabilité vaut alors à l'encontre du propriétaire de la chose retenue, ou d'un titulaire de droit réel sur cette chose, même si ceux-ci ne s'identifient pas au débiteur de la créance justifiant la rétention¹⁷. Cette solution s'impose si le propriétaire a acquis le bien ou si le titulaire d'un droit réel a acquis ce droit, après que les conditions du droit de rétention furent remplies. Dans ce cas, le bien a été transmis, ou le nouveau droit constitué, avec le droit de rétention qui le grève¹⁸. Dans le cas contraire, le droit de rétention ne peut s'exercer que si, lors de l'entrée en détention, le rétenteur était de bonne foi¹⁹.

Ainsi, par l'arrêt précité du 10 octobre 2007²⁰, la Cour de cassation a reconnu le bénéfice de la protection possessoire au créancier gagiste dans ces circonstances: des titres au porteur avaient été détournés, avant leur remise en gage entre les mains d'une banque, par le constituant de ce gage. Après la condamnation pénale de l'auteur du détournement, se posa

la question de la restitution de ces titres. Les juges du fond avaient estimé qu'il convenait de les remettre à la banque en sa qualité de créancier gagiste de bonne foi. Le pourvoi contre cette décision fut rejeté aux motifs que *“le créancier gagiste dont le gage a pour assiette un bien corporel peut, comme tout possesseur, se réclamer, en principe, de l'article 2279 du Code civil. Il en est de même ainsi lorsque le constituant du gage n'est pas le propriétaire du bien engagé, mais pour autant que le créancier gagiste soit, comme en l'espèce, de bonne foi, c'est-à-dire qu'il puisse croire dans la légitimité du (constituant). Le créancier gagiste peut opposer son droit réel de possession à tous les tiers, soit à toute personne autre que le débiteur gagiste, qui prétendrait à des droits sur la chose pendant la durée du gage”*.

La même règle vient d'être réaffirmée pour le droit de rétention, qu'il relève ou non du régime juridique du gage, par un arrêt de la Cour de cassation du 15 septembre 2011²¹ qui considère que le droit de rétention est opposable au propriétaire des biens, même s'il n'est pas le débiteur du rétenteur, si celui-ci est de bonne foi.

A l'inverse, le commissionnaire expéditeur, par exemple, ne peut exercer son droit de rétention lorsque, lors de la réception des marchandises, il aurait su ou dû savoir que le droit de propriété du commettant était contesté par un tiers²².

D. LE DROIT DE RÉTENTION BÉNÉFICIAIRE AU CRÉANCIER GAGISTE DANS LE CADRE D'UNE PROCÉDURE DE RÉORGANISATION JUDICIAIRE

12. Un ensemble de dispositions prévues par la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises (ci-dessous la 'L.C.E.') impose le respect du principe de la continuité des contrats en cours.

La détermination de la portée de ce principe implique la définition au préalable de plusieurs concepts. Qu'est-ce qu'un contrat en cours? Quels en sont les effets poursuivis? Selon quelles modalités et avec quelles conséquences?

13. Les dispositions légales pertinentes sont les suivantes.

L'article 35, § 1^{er}, L.C.E. comporte plusieurs règles distinctes dont la combinaison paraît au premier abord délicate. Il prévoit que:

“§ 1^{er}. Nonobstant toutes stipulations contractuelles contraires, la demande ou l'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire ne met pas fin aux contrats en cours ni aux modalités de leur exécution.

Le manquement contractuel commis par le débiteur avant que le sursis ne soit accordé ne peut fonder le créancier à mettre fin au contrat lorsque le débiteur met fin à son manquement dans un délai de quinze jours après qu'il a été mis en demeure à cette fin par le créancier sursitaire.

§ 2. Le débiteur peut cependant, même en l'absence de disposition contractuelle en ce sens, décider de ne plus exécuter un contrat en cours pendant la durée du sursis, en notifiant cette décision à ses cocontractants conformément à l'article

¹⁶ Voir Liège, 13 janvier 2000, *R.D.C.B.*, 2000, p. 423; Anvers, 23 novembre 1998, *J.P.A.*, 1999, p. 42; Comm. Bruges, 29 avril 1998, *T.G.R.*, 1998, p. 212; Liège, 7 juin 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 633.

¹⁷ Comm. Charleroi, 4 décembre 1996, *J.L.M.B.*, 1997/41, p. 1671; Anvers, 15 novembre 2004, *NjW*, 2005, p. 705, note E. SOMERS.

¹⁸ Comm. Anvers, 14 février 2001, *R.W.*, 2002-03, n° 6, p. 227.

¹⁹ Cass., 26 novembre 2010, R.G. n° C.10.0006.N, *Pas.*, 2010, n° 697, p. 3025; *R.D.C.B.*, 2011, p. 557; Cass., 10 octobre 2007, R.G. n° P.07.0210.F; *Pas.*, 2007, I, n° 469, p. 1745 avec les conclusions de monsieur l'avocat général D. Vandermeersch; voir sous cet arrêt: W. DERIJCKE, "Le contrat de gage" in *Actualités du droit des sûretés*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2010, p. 59, n° 28.

²⁰ Voir la note infrapaginale qui précède.

²¹ Cass., 15 septembre 2011, R.G. n° C.10.0392.N.

²² Cass., 15 juin 1995, R.G. n° C.93.0293.N, *Pas.*, 2003, n° 303, p. 638; *R.D.C.B.*, 1996, p. 217, note E. DIRIX, "De tegenwerpelijheid van het retentiercht"; *R.W.*, 1995-96, n° 9, p. 309; Anvers, 16 février 2005, *R.W.*, 2004-05, p. 1147; Anvers, 25 juin 2004, *R.D.C.B.*, 2005, p. 537, note J. LIBOUTON; Anvers, 17 mars 2004, *D. Eur. Transp.*, 2004, p. 654; Gand, 29 octobre 2003, *T.G.R.*, 2004, p. 13, note; Comm. Termonde, 1^{er} mars 2001, *R.W.*, 2003-04, n° 12, p. 469; *T.G.R.*, 2002, p. 92, note.

26, § 2 [à savoir par un avis individuel], à la condition que cette non-exécution soit nécessaire pour pouvoir proposer un plan de réorganisation aux créanciers ou rendre le transfert sous autorité judiciaire possible.

Lorsque le débiteur décide de ne plus exécuter un contrat en cours, les dommages auxquels son cocontractant peut prétendre sont une créance sursitaire.

La possibilité prévue par cet article ne s'applique pas aux contrats de travail.

(...)."

L'article 36 L.C.E. précise:

"Une créance issue de contrats en cours à prestations successives n'est pas soumise au sursis, en ce compris les intérêts, dans la mesure où elle se rapporte à des prestations effectuées après la déclaration d'ouverture de la procédure."

14. Qu'est-ce qu'un contrat en cours? De nombreuses études doctrinales sont consacrées à la question, dont on peut livrer la synthèse comme suit.

Le professeur E. Dirix estime que cette notion recouvre *"les contrats qui 1) datent d'avant la déclaration de faillite, 2) dont l'exécution (par le débiteur) n'était pas encore parfaite à ce moment et 3) auxquels le jugement déclaratif ne met pas fin"*²³, ce qui englobe davantage que la catégorie des conventions continues ou les conventions à prestations successives²⁴.

Le professeur X. Dieux et C. Alter penchent au contraire pour la limitation de la notion de contrats en cours à ceux qui engendrent des prestations successives ou échelonnées²⁵.

Pour d'autres auteurs, sont visés tous les contrats dans lesquels l'exécution de l'obligation d'une partie envers l'autre est encore attendue au moment de la déclaration de faillite ou de l'ouverture de la procédure de réorganisation, qu'il s'agisse de contrats à prestations successives ou de contrats instantanés dont le terme n'est pas venu à échéance ou dont la condition n'a pas été réalisée à ce moment²⁶.

Selon T. Hürner et N. Ouchinsky, répondre à cette question suppose que l'on adopte le point de vue de l'intérêt de la masse. Si le failli peut encore s'attendre à l'exécution d'une

prestation de la part de son cocontractant, le contrat est considéré comme étant en cours²⁷.

A l'inverse, il a été soutenu que le contrat en cours est celui qui laisse encore inaccomplie une prestation à exécuter par le débiteur²⁸.

Selon nous, la notion de contrat en cours lors de l'ouverture d'une procédure collective d'insolvabilité dépend de l'angle de vue par lequel on l'approche.

Si l'on s'interroge sur les effets d'un contrat qui se heurte à la faillite ou la liquidation de l'un des cocontractants, c'est en adoptant le regard des créanciers que ceux-ci doivent s'apprécier. Cela conduit à soulever les questions pertinentes sous cette forme:

- (1) pour les obligations de *dare*, les transformations patrimoniales envisagées par le contrat ont-elles été rendues opposables aux tiers avant la survenance de la faillite ou l'entrée en liquidation? Si tel est bien le cas, le curateur ou le liquidateur peut les remettre en cause en refusant, le cas échéant, à l'aune de l'intérêt de masse, de les accomplir;
- (2) pour les obligations de *facere* ou de *non facere* restant à accomplir ou à exiger, agir en lieu et place du débiteur, comme le ferait un créancier par voie d'action oblique, présenterait-il un intérêt quelconque pour la masse? Dans l'affirmative, il appartiendra au curateur ou au liquidateur de respecter le contrat, conformément à toutes ses modalités. En effet, ni le curateur ni le liquidateur ne disposent du pouvoir de remodeler un contrat qui existe tel qu'il a été conclu. C'est un fait, engendré par un échange de consentements; il ne peut être réinventé. Dans la négative, le curateur ou le liquidateur devront, sous leur responsabilité, décider de l'abandonner, c'est-à-dire de ne pas l'exécuter. Cette inexécution étant fautive (car la survenance d'une procédure d'insolvabilité n'est pas un cas de force majeure libératoire), des dommages et intérêts seront dus, qualifiés de dettes dans la masse, dès lors que, par définition, ils ne servent en rien l'intérêt des créanciers.

Si l'on s'interroge, en revanche, sur les effets d'un contrat qui se heurte à l'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire, il convient de conserver strictement le point de vue de la partie en difficultés elle-même, car, à défaut de dessaisissement (hormis le cas du transfert), celle-ci reste à la

^{23.} Librement traduit de E. DIRIX, "Faillissement en lopende overeenkomsten", *R.W.*, 2003-04, p. 202 "...de contracten die 1) dateren van vóór de faillietverklaring, 2) waarvan de uitvoering op dat tijdstip (door de debiteur) nog niet was voltooid en 3) waaraan door het faillissement zelf geen einde wordt gemaakt".

^{24.} *Ibid.*, note infrapaginale n° 6.

^{25.} X. DIEUX et C. ALTER, "Observations sur la nature juridique de la monnaie scripturale", in *Liber amicorum Jacques Malherbe*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 398, note 50.

^{26.} A. DE WILDE, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Anvers, Intersentia, 2005, p. 171.

^{27.} T. HÜRNER et N. OUCHINSKY, "Le régime des contrats en cours dans les procédures collectives depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 10 avril 2008", *Rev. Dr. Ulg.*, 2009, p. 231.

^{28.} J. WINDEY, "Les effets de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises et leurs garanties" in *La loi relative à la continuité des entreprises*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 111; S. LOOSVELD, "Lopende overeenkomsten en insolventie (faillissement en gerechtelijk reorganisatie: een stand van zaken)", *R.A.B.G.*, 2009/8, p. 523.

tête de ses affaires. Tous les contrats demeurent donc exécutoires comme tels, qu'ils engendrent des obligations de *dare*, de *facere* ou de *non facere*, sauf les exceptions liées à l'inefficacité relative des clauses résolutoires et des clauses pénales. La seule atteinte portée au contrat provient du sursis lui-même. Dès lors, la question pertinente revient à se demander dans quelle mesure le sursis entrave l'exécution forcée d'une obligation non respectée par la partie en réorganisation.

Ces réponses se trouvent exclusivement et expressément prévues par la L.C.E. Une saisie conservatoire, revendication ou exécution ne pourra être poursuivie; de la même manière, la compensation ne s'effectuera que moyennant le respect de certaines conditions. Mais, pour le surplus, toutes les modalités du contrat conservent leur force obligatoire, qu'il s'agisse de moyens de pression, tel le droit de rétention ou l'exception d'inexécution, la faculté d'expulsion, le droit de convertir un mandat irrévocable d'hypothéquer ou de prendre un gage sur fonds de commerce et de les inscrire, ... En revanche, la résolution n'est pas autorisée, si l'on combine de manière rationnelle les dispositions précitées de la L.C.E., lorsqu'une créance sursitaire non exécutée reçoit une exécution conforme à l'accord amiable ou au plan voté et homologué par accord collectif ou encore en fonction de la somme revenant au créancier concerné en vertu du schéma de répartition du produit de réalisation des actifs cédés par transfert²⁹.

15. Il découle de ce qui précède qu'en principe, le droit de rétention, comme moyen de pression exercé sur le débiteur ou source d'un droit de préférence d'origine prétorienne opposable aux créanciers de celui-ci ou aux autres tiers, n'est pas entravé par l'ouverture d'une procédure collective³⁰.

Ainsi, le cocontractant du débiteur pourra, conformément au droit commun, invoquer l'exception d'inexécution ou le droit de rétention aussi longtemps que la contreprestation attendue n'est pas accomplie³¹. Par ailleurs, la créance continuera à produire des intérêts.

16. Certes, dans un jugement du tribunal de commerce d'Anvers du 29 décembre 2009, confirmé par un arrêt de la cour d'appel d'Anvers du 6 juin 2011, il a été décidé que le

droit de rétention pouvait être constitutif d'abus. Ces décisions commencent par rappeler que le créancier d'un débiteur bénéficiant d'une procédure de réorganisation judiciaire peut invoquer le droit de rétention, mais poursuivent en relevant qu'en l'espèce, le créancier, refusant une proposition de règlement amiable raisonnable, a abusé de son droit en retenant une quinzaine de wagons de chemins de fer dont la valeur à neuf s'élevait à plus de 1.000.000 EUR alors que sa propre créance s'élevait à moins de 65.000 EUR. En raison de cette disproportion manifeste, ces décisions peuvent être approuvées³². Il convient de souligner cependant que *"comme toutes les institutions correctives de l'usage des droits, l'abus de droit doit être utilisé avec précaution par le juge et il ne peut être admis en droit positif que si ses conditions d'application sont déterminées avec une suffisante précision pour éviter l'arbitraire et l'insécurité juridique"*³³.

17. L'abus de droit ne peut, en effet, être invoqué pour limiter l'exercice des droits d'un créancier, qu'il bénéficie d'un gage ou d'une autre prérogative, que s'il l'utilise dans le but de nuire, qu'il dispose de voies moins dommageables pour assurer la protection de ses droits ou encore qu'il les exerce sans intérêt ou motif légitime en causant un préjudice manifestement disproportionné à son cocontractant ou à ses créanciers par rapport à l'avantage qu'il en tire³⁴. Pour que l'abus soit sanctionnable, il faut qu'il s'observe concrètement que le titulaire du droit excède à l'évidence la marge d'appréciation qui lui appartient dans l'exercice de celui-ci. Lorsqu'il examine cette question, le juge doit tenir compte de toutes les circonstances de la cause dans l'appréciation des intérêts en présence³⁵, notamment, il doit vérifier si la partie qui tente d'invoquer l'abus de droit *"n'a pas agi délibérément, sans se soucier du droit qu'il doit respecter, commettant ainsi une faute qui (la) priverait de la faculté d'invoquer à son profit (cette) exception (...)"*³⁶.

18. Une autre limitation, mais cette fois apportée seulement au droit de rétention spécifique au gage, est parfois mise en avant par certains auteurs en cas de faillite. Ce droit serait, selon eux, inopposable au curateur³⁷ ou même plus généralement en cas de concours³⁸.

²⁹. A. ZENNER, J.-Ph. LEBEAU et C. ALTER, "La loi relative à la continuité des entreprises à l'épreuve de sa première pratique", *Doss. J.T.*, n° 76, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 182.

³⁰. Voir notamment E. DIRIX et R. DE CORTE, *o.c.*, pp. 372 et s., n°s 543 et s., sous réserve de la nuance exposée ci-après, sub. n° 18; J.-L. LEDOUX, "Chronique de jurisprudence. Les sûretés réelles (1994-2002)", *Doss. J.T.*, n° 43, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 115-116.

³¹. En ce sens, voir notamment: I. VEROUSTRATE, "Rechten en garanties van de schuldeisers – De lopende overeenkomsten", *La loi relative à la continuité des entreprises / De wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen*, Anthémis-Intersentia, 2010, p. 159.

³². Comm. Anvers, 29 décembre 2009, *R.W.*, 2009-10, p. 1401; Anvers, 6 juin 2011, *R.W.*, 2011-2012, p. 747, note J. DE WEGGEHELEIRE, "Rechtsmisbruik bij de aanwending van het (conventioneel) retentierecht in het raam van de wet continuïteit ondernemingen".

³³. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, T. I, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 54, n° 21; L. FAGNART, "Chronique de jurisprudence. La responsabilité civile (1985-1995)", *Doss. J.T.*, n° 45, Bruxelles, Larcier, 1997.

³⁴. Prés. Bruxelles, 15 juin 2009, *R.D.C.B.*, 2009, p. 717, note M. GREGOIRE, "La réorganisation judiciaire aux mains des juges: première récoltes".

³⁵. Cass., 30 janvier 2003, R.G. n° C.00.0632.F, *Pas.*, 2003, I, n° 69, p. 227; Cass., 9 mars 2009, R.G. n° C.08.0331.F, *Pas.*, 2009, n° 182, p. 689, avec concl. de l'av. gén. J.-M. Genicot, *J.T.*, p. 392; voir aussi J. DE WEGGEHELEIRE, "Rechtsmisbruik bij de aanwending van het (conventioneel) retentierecht in het raam van de wet continuïteit ondernemingen" (note sous Anvers, 6 juin 2011), *R.W.*, 2011-12, p. 747, spéc. pp. 752 et 753.

³⁶. Cass., 14 novembre 1997, R.G. n° C.96.0375.F, *Pas.*, 1997, I, p. 1191, n° 477.

³⁷. K. BYTTEBIER, *Voorrechten en hypothecken*, Antwerpen, Maklu, 2005, p. 386.

³⁸. E. DIRIX et R. DE CORTE, *o.c.*, p. 321, n° 477.

Cette opinion ne fait pas l'unanimité pour les raisons suivantes: l'article 88 de la loi sur les faillites dispose que "[l]es curateurs peuvent, à toute époque, avec l'autorisation du juge commissaire, retirer les gages, au profit de la faillite en remboursant la dette". Une telle prérogative est nécessairement corrélative au droit de rétention du créancier gagiste et serait dépourvue de sens si ce dernier devait se contenter du privilège prévu l'article 20, 3° de la loi hypothécaire et se trouver privé du droit d'invoquer son droit de rétention³⁹.

On peut ajouter à ce premier argument que le droit de rétention du créancier gagiste se trouve relié à la fois au caractère réel du gage impliquant la quasi possession de l'objet grevé et au pouvoir de fait qu'il confère à son titulaire. Selon nous, ces deux caractéristiques, examinées plus haut, rendent le droit de rétention du créancier gagiste, pour autant qu'il ait été obtenu et qu'il soit exercé de bonne foi, opposable aux tiers sans distinction quant à la nature des revendications dont ils se prévalent, c'est-à-dire qu'il s'agisse de droits réels (propriété, gage, hypothèque) ou de droits réalisés (saisie d'initiative individuelle ou collective, ...).

19. Qu'en est-il en cas de transfert sous autorité de justice de tout ou partie de l'entreprise ou de ses activités, prévu aux article 59 et suivants L.C.E.?

E. CONCLUSION

20. Toutes les formes de gage portant sur un ou plusieurs biens mobiliers corporels, en matière civile ou commerciale, remis au créancier gagiste ou à un tiers détenteur font naître un droit de rétention spécifique permettant de conditionner la restitution de l'assiette grevée au paiement de toute la créance garantie, en principal, intérêts et autres accessoires.

21. Ce droit de rétention n'est pas entravé, selon nous, par l'ouverture et la poursuite d'une procédure collective d'insolvabilité quelle qu'elle soit, entraînant ou non le des-saisissement. Il est également opposable au créancier saisis-

Selon l'article 66 L.C.E., dans le cadre d'une telle procédure, "[p]ar l'effet de la vente des meubles ou immeubles, les droits des créanciers sont reportés sur le prix".

Il s'agit donc d'une vente purgeante, entraînant le respect des prérogatives bénéficiant au créancier gagiste en cas de concours, à savoir à la fois le droit de préférence inhérent à sa sûreté et rappelé à l'article 20, 3° de la loi hypothécaire et, selon nous, le droit de rétention.

En effet, il faut garder à l'esprit que, selon l'article 7 L.C.E.: "*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.*"

Parmi ces lois, figure l'article 2082, 1^{er} alinéa, du Code civil et le principe général fondant le droit de rétention. Aucune disposition légale figurant au chapitre IV L.C.E., organique de la réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice, ne conduit à en écarter l'application. Le droit de rétention du créancier gagiste, à l'instar de tout droit de rétention, peut donc produire ses effets en cas de transfert, ainsi qu'il le peut d'ailleurs en cas de saisie mobilière⁴⁰.

sant *ut singuli*, au tiers acquéreur du bien ou au titulaire d'un autre droit réel sur le bien retenu, pourvu que les conditions d'existence et d'opposabilité de la rétention soient satisfaites avant la naissance de ces droits.

22. Toutefois, comme toutes les autres prérogatives du créancier gagiste, l'utilisation du droit de rétention peut être anéantie ou réduite par le juge pour la ramener dans une limite raisonnable par application de la notion d'abus de droit, pour autant que les critères d'application de cette notion se trouvent réunis selon les circonstances de l'espèce.

^{39.} A. VAN HOE et M. VANMEENEN, "Pand in het raam van insolventieprocedures" in R. VAN RANSBEECK (ed.), *Het Pand – van een oude naar een moderne zekerheid*, Leerstoel C. Matheussen, Brugge, die Keure, 2012, n° 29, à paraître.

^{40.} Voir notamment sur ce point: Cass., 24 avril 1987, *Pas.*, 1987, I, n° 498, p. 994.