

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La preuve du contrat de gage

George, Florence

Published in:
Privilèges et hypothèques

Publication date:
2021

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

George, F 2021, La preuve du contrat de gage. dans *Privilèges et hypothèques*. Kluwer, Mechelen, pp. 37-60.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

B. La preuve du contrat de gage

Commentaire Preuve du contrat de gage

Auteur : F. GEORGE – *janvier 2021*

COMMENTAIRE

Plan

- I. La notion de consommateur
- II. Le gage de registre
 - A. Le constituant du gage consommateur
 - B. Le constituant du gage non-consommateur
- III. Le gage avec dépossession portant sur des choses corporelles
 - A. Le constituant est un consommateur
 - B. Le constituant n'est pas un consommateur
- IV. Le gage portant sur des espèces
- V. Le gage portant sur des créances
 - A. Le constituant est un consommateur
 - B. Le constituant n'est pas un consommateur
- VI. La preuve par et contre les tiers

I Introduction. La loi du 13 avril 2019 portant création d'un Code civil et y insérant un Livre 8 intitulé « La preuve » est entrée en vigueur le 1^{er} novembre 2020¹.

Le régime probatoire réservé au contrat de gage a été remanié quelques années plus tôt lors de la réforme des sûretés réelles mobilières². La loi du 11 juillet 2013³ n'est toutefois entrée en vigueur que le 1^{er} janvier 2018⁴.

1. Loi du 13 avril 2019 portant création d'un Code civil et y insérant un Livre 8 « La preuve », *M.B.*, 14 mai 2019.

2. Loi du 24 juin 2013 réglant des matières visées à l'article 77 de la Constitution en matière de sûretés réelles mobilières, *M.B.* du 2 août 2013 ; loi du 11 juillet 2013 modifiant le Code civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières et abrogeant diverses dispositions en cette matière, *M.B.* du 2 août 2013.

3. Loi du 11 juillet 2013 modifiant le Code civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières et abrogeant diverses dispositions en cette matière, *M.B.*, 2 août 2013.

4. Voir sur l'entrée en vigueur de la réforme des sûretés réelles mobilières, V. NICAISE, « Rappels des principes, mise en contexte et modifications diverses apportées par la loi du 25 décembre 2016 », in I. Durant (dir.), *Les sûretés réelles mobilières*, CUP, vol. 176, Liège, Anthemis, 2017, pp. 77 et s.

Les dispositions insérées dans le Titre XVII du Livre III de l'ancien Code civil¹ doivent dorénavant s'articuler avec le livre 8 du (nouveau) Code civil. La distinction autrefois marquée entre les articles consacrés à la preuve dans le Code civil (*lex generalis*) et ceux figurant dans le Code de commerce (*lex specialis*) appartient au passé. L'ensemble de l'édifice est intégré dans un seul corpus de règles. Notre étude mobilisera donc à la fois l'ancien et le nouveau Code civil.

Même si le contentieux afférent à la preuve du gage ne fait guère parler de lui, l'occasion nous est offerte de nous plonger au cœur de ce sujet sous le prisme des nouvelles dispositions applicables.

Nous nous intéresserons, dans le cadre de la présente contribution, uniquement au contrat de gage réglementé par le Code civil. Les conventions soumises à des législations spécifiques telles que, notamment, la loi sur les sûretés financières du 15 décembre 2004² ne seront pas étudiées.

2 Plan. En guise de préambule, nous reviendrons sur la distinction cardinale opérée par le législateur selon que le constituant du gage est un consommateur ou un non-consommateur (I). Lors de la réforme des sûretés réelles mobilières, le législateur s'est en effet montré soucieux du sort du constituant du gage consommateur. Cette *summa divisio* fondée sur la qualité du constituant rejaillit notamment au niveau du droit de la preuve.

Au sein du Titre XVII du Livre III de l'ancien Code civil, on distingue, le gage de registre (II), le gage avec dépossession (III), le gage en espèce (IV) et le gage sur créances (V). Nous examinerons dès lors successivement le régime probatoire de ces quatre catégories de gages avant d'aborder la preuve par et à l'égard des tiers (VI).

I. La notion de consommateur

3 Définition. La notion de consommateur est définie dans les dispositions du Titre XVII du Livre III de l'ancien Code civil par un simple renvoi à l'article 1^{er}.1, 2^o, du livre 1^{er} du Code de droit économique³.

1. L'article 2 *in fine* de la loi du 13 avril 2019 prévoit également qu'à compter de l'entrée en vigueur de la présente loi à savoir le 1^{er} novembre 2020, le Code civil du 21 mars 1804 portera l'intitulé « ancien Code civil » (voir d'ailleurs le titre de la contribution de Y. NINANE « Le droit de la preuve est modernisé et le Code Napoléon prend un coup de vieux ! », *Les pages*, 2019, n^o 55, p. 1).

2. 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, *M.B.*, 1^{er} février 2005. Voir aussi pour d'autres dispositions spécifiques, les articles 181 et 182 de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances (*M.B.*, 30 avril 2014).

3. Initialement, il était renvoyé à l'article 2, 3^o, de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur, ce qui n'était pas sans poser certains problèmes dès lors que la définition renvoyait à l'acquisition ou l'utilisation d'un produit (R. STEENNOT, « Algemene regeling van het pand », in *Het nieuwe zekerheidsrecht*, J. Baeck et M. Kruithof (éd.), Anvers, Intersentia, 2014, p. 30, n^o 5).

Cet article définit le consommateur comme suit : « toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ».

Seules les personnes physiques peuvent dès lors bénéficier du régime de protection mis en place par le législateur.

4 Appréciation. Le critère de destination qui consiste à vérifier les objectifs poursuivis – professionnels ou non – par le constituant n'est pas sans poser de difficultés¹.

Certes, lorsque l'objet remis en gage s'identifie au bien dont l'acquisition a nécessité l'octroi d'une sûreté, le critère sera aisé à appliquer. Il conviendra de vérifier si le bien acquis l'a été à des fins professionnelles ou privées.

Ex : Je mets en gage ma camionnette professionnelle en garantie du prêt octroyé pour son acquisition.

En cas d'acquisition d'un bien mixte, à savoir tant à des fins privées que professionnelles, rien n'est prévu dans la loi, ni les travaux préparatoires.

Ex : je mets en gage la voiture en garantie du prêt octroyé pour son acquisition, laquelle voiture sera utilisée à des fins tant privées que professionnelles.

Pour y répondre, un détour par le droit européen nous semble judicieux. Ainsi, le considérant 17 de la Directive 2011/83² précise :

« La définition de consommateur devrait englober les personnes physiques qui agissent à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de leur activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale. Cependant, en cas de contrats à double finalité, lorsque le contrat est conclu à des fins qui n'entrent qu'en partie dans le cadre de l'activité professionnelle de l'intéressé et lorsque la finalité professionnelle est si

1. R. STEENNOT, « Algemene regeling van het pand », in *Het nieuwe zekerheidsrecht*, J. Baeck et M. Kruithof (éd.), Anvers, Intersentia, 2014, p. 31, n° 7.

2. Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la Directive 93/13/C.E.E. du Conseil et la Directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/C.E.E. du Conseil et la Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, *J.O.U.E.*, L.304/64, 22 novembre 2011.

*limitée qu'elle n'est pas prédominante dans le contexte global du contrat, cette personne devrait également être considérée comme un consommateur*¹.

Le considérant 17 de la Directive 2019/770² prévoit également :

« La définition du terme 'consommateur' devrait englober les personnes physiques qui agissent à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de leur activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale. Toutefois, dans le cas des contrats mixtes, lorsque le contrat est conclu à des fins qui n'entrent qu'en partie dans le cadre de l'activité professionnelle de l'intéressé et lorsque la finalité professionnelle est si limitée qu'elle n'est pas prédominante dans le contexte global du contrat, cette personne devrait également être considérée comme un consommateur ».

Le critère mis en évidence par les directives européennes devrait dès lors trouver à s'appliquer dans le cadre de la détermination du régime probatoire du gage.

D'autres cas délicats concernent les hypothèses où le bien remis en gage diffère totalement de (celui qui fait l'objet de) l'obligation principale.

Ex : Je mets en gage ma voiture privée pour garantir une ouverture de crédit souscrite dans le cadre de mon activité professionnelle.

Dans ces situations, la question se pose de savoir s'il faut finalement avoir égard à l'assiette du gage ou, au contraire, à la créance garantie. Il convient, selon la doctrine, de se demander si la constitution du gage poursuit un objectif qui entre dans les activités professionnelles du constituant du gage³. Dans l'exemple précité, le constituant ne serait pas qualifié de consommateur.

1. A cet égard, selon C. VERDURE, « le caractère prédominant signifierait, selon la doctrine, que l'usage privé dépasse 50 % de l'usage global du bien. Cette prise de position de la directive 2011/83/UE est importante, dès lors que la définition du consommateur qu'elle contient a été reprise à l'identique, lors de sa transposition, dans le Code de droit économique » (C. VERDURE, « Précisions sur la notion de consommateur dans le cadre de la garantie des biens de consommation », *R.G.D.C.*, 2016, p. 466). L'auteur précise également que « La doctrine majoritaire, suivie globalement par la jurisprudence, estime que le principe *accessorium sequitur principale* trouve application, ce qui implique que l'usage principalement privé suffit ».

2. Directive (UE) 2019/770 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques, *J.O.U.E.*, L.136/1, 22 mai 2019.

3. R. STEENNOT, « Algemene regeling van het pand », in *Het nieuwe zekerheidsrecht*, J. Baeck et M. Kruithof (éd.), Anvers, Intersentia, 2014, p. 31, n° 7.

La question se pose encore avec plus d'acuité lorsque le constituant et le débiteur gagiste sont deux personnes différentes. La doctrine préconise de vérifier si, au moment de la constitution du gage, le constituant agit dans le cadre de son activité professionnelle¹. Partant, si la constitution d'un gage ne poursuit aucun objectif faisant partie de son activité professionnelle, le constituant pourra revêtir la qualité de consommateur.

Ex : Ma mère met en gage sa voiture privée en garantie de mon prêt professionnel (constituant = consommateur).

II. Le gage de registre

5 **Base légale.** L'article 4 intitulé « preuve » du Titre XVII du Livre III de l'ancien Code civil tel que modifié suite à la création du Code de droit économique² et à la réforme du droit de la preuve³, dispose :

« La mise en gage est prouvée par un écrit contenant la désignation précise des biens grevés du gage, des créances garanties et du montant maximum à concurrence duquel les créances sont garanties.

Si le constituant du gage est un consommateur au sens de l'article 1.1, 2°, du livre Ier du Code de droit économique, la validité de la convention requiert qu'un écrit soit rédigé, selon le cas, conformément au prescrit de l'article 8.20 ou de l'article 8.21 du Code civil.

L'écrit visé à l'alinéa 2 mentionne, aux fins de l'application de l'article 7, alinéa 4, la valeur du bien gagé ou des biens gagés ».

L'intitulé de l'article 4 est trompeur. Il renferme en réalité à la fois des règles de validité et des règles de preuve. Nous verrons que lorsque le constituant est un consommateur les exigences de validité et de preuve se superposent, à tout le moins dans une certaine mesure.

A. LE CONSTITUANT DU GAGE CONSOMMATEUR

6 **Écrit comme condition de validité.** En présence d'un constituant consommateur, il convient de bien articuler les articles 2 et 4 du Titre XVII de l'ancien Code civil. L'article 2 dispose en effet que « Sous réserve de l'article 4, alinéa 2, le

1. R. STEENNOT, « Algemene regeling van het pand », in *Het nieuwe zekerheidsrecht*, J. Baeck et M. Kruihof (éd.), Anvers, Intersentia, 2014, p. 31, n° 7.

2. Loi du 25 décembre 2016 modifiant diverses dispositions relatives aux sûretés réelles mobilières, *M.B.*, 30 décembre 2016.

3. Loi du 13 avril 2019 portant création d'un Code civil et y insérant un Livre 8 « La preuve », *M.B.*, 14 mai 2019.

gage est constitué par la convention conclue entre le constituant du gage et le créancier gagiste ». L'article 4, alinéa 2, précise que la **validité**¹ d'une convention de gage conclue avec un constituant consommateur requiert l'établissement d'un écrit. Partant, le contrat de gage est, dans cette hypothèse, un contrat solennel et ce peu importe la qualité du créancier gagiste (entreprise ou non). Il s'agit ici d'une caractéristique assez singulière dès lors que le régime protecteur vise également le contrat conclu entre un consommateur et un autre consommateur².

La notion d'écrit a suscité quelques interrogations. S'agit-il en effet d'un écrit signé ou un simple écrit non revêtu d'une signature peut-il suffire³ ?

La question est d'autant plus pertinente que, suite à la réforme du droit de la preuve, le législateur définit de manière distincte l'écrit⁴ et l'écrit signé⁵. J.B. Hubin⁶ s'est d'ailleurs interrogé, en droit des assurances, sur les conséquences de ce nouveau *distinguo*. L'auteur affirme que « *Bien que le concept d'écrit employé dans la loi du 4 avril 2014 ait toujours été interprété comme désignant un 'écrit signé', l'article 64 de la loi n'a pas été adapté par le législateur suite à l'entrée en vigueur du nouveau régime. Ceci pourrait soulever une difficulté d'interprétation. En renvoyant au concept d'écrit et non à celui d'écrit signé, on pourrait en effet penser que le législateur admet toute forme d'écrit, même non signé, pour rapporter la preuve du contrat d'assurance. Une telle lecture de l'article 64, § 1er, alinéa 1er, ne serait pas conciliable avec l'alinéa suivant, qui prévoit qu'en cas de commencement de preuve par écrit, la preuve du contrat peut être rapportée par témoignages ou par présomptions. Cet alinéa, qui n'a pas été abrogé, implique nécessairement que l'écrit visé à l'alinéa 1^{er} soit muni d'une signature. Si tel n'était pas le cas, la référence au commencement de preuve par écrit — défini désormais à l'article 8.1 comme 'tout écrit qui, émanant de celui qui conteste un acte juridique ou de celui qu'il représente, rend vraisemblable l'acte juridique allégué' — et aux présomptions, à l'alinéa 2, ne se justifierait pas* »⁷.

Dans la même lignée, nous sommes d'avis que la notion d'écrit qui figure à l'article 4 renvoie, plus exactement et rigoureusement, à un écrit signé. A l'appui de

1. Nous mettons en gras.

2. S. LANDUYT, « Commentaar bij art. 4 Pandwet », in *Voorrechten en hypotheeken. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Malines, Kluwer, 2014, pp. 15-16, n° 33.

3. Voir en faveur de la seconde thèse, J. BAECK, « Het nieuwe pandrecht », *R.W.*, 2015-2016, p. 1211, n° 7.

4. Art. 8.1, 1 (nouveau) C. civ. : « un ensemble de signes alphabétiques ou de tous autres signes intelligibles apposé sur un support permettant d'y accéder pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et de préserver leur intégrité, quels que soient le support et les modalités de transmission ».

5. Art. 8.1, 6 (nouveau) C. civ. : « écrit signé : tout acte authentique ou sous signature privée ».

6. J.B. HUBIN, « Réforme du droit de la preuve : quelle incidence sur le droit des assurances et de la responsabilité civile ? », *R.G.A.R.*, 2020, n° 15705.

7. J.B. HUBIN, « Réforme du droit de la preuve : quelle incidence sur le droit des assurances et de la responsabilité civile ? », *R.G.A.R.*, 2020, n° 15705/3.

cette interprétation, on notera que les articles 8.20 et 8.21 ne s'appliquent qu'en présence d'un acte sous signature privée.

Il serait d'ailleurs opportun que le législateur clarifie les législations particulières au regard de la nouvelle distinction du livre 8 entre « écrit » et « écrit signé »¹.

7 Respect des articles 8.20 ou 8.21 comme condition de validité. L'article 4, al. 2, prévoit également que l'écrit doit être « rédigé, selon le cas, conformément au prescrit de l'article 8.20 ou de l'article 8.21 du Code civil ».

Ces deux articles, issus de la réforme du droit de la preuve, remplacent les anciens articles 1325 (formalité des originaux multiples) et 1326 (ancienne formalité du bon pour) du Code civil.

Pour rappel, aux termes de l'article 8.20, il est désormais prévu :

« L'acte sous signature privée qui constate un contrat synallagmatique ne fait preuve que s'il a été fait en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct.

Chaque original doit mentionner le nombre des originaux qui en ont été faits. Celui qui a exécuté le contrat, même partiellement, ne peut opposer le défaut d'un nombre suffisant d'originaux ou de la mention de leur nombre.

L'exigence d'une pluralité d'originaux est réputée satisfaite pour les contrats sous forme électronique lorsque l'écrit est établi conformément à l'article 8.1, 1°, et que le procédé permet à chaque partie de disposer d'un exemplaire écrit ou d'y avoir accès.

Lorsqu'un acte sous signature privée est nul pour défaut de respect des règles prévues aux deux premiers alinéas du présent article, il peut valoir comme commencement de preuve par écrit, s'il remplit les conditions visées à l'article 8.1, 7° du présent livre.

Les règles prévues aux deux premiers alinéas ne s'appliquent pas aux contrats formés par échange de courrier, que celui-ci soit adressé par voie postale ou électronique ».

L'article 8.20 maintient les principes déjà en place sous l'empire de l'ancien Code civil. Outre la reproduction des règles édictées par l'article 1325, le législateur codifie à l'article 8.20, alinéa 5, l'exception prétorienne selon laquelle l'exigence d'originaux multiples ne s'applique pas aux contrats conclus par échange de courriers. La règle est étendue, dans le cadre de la réforme, aux contrats conclus par échange de mails². La sanction qui frappe le non-respect de cette règle est également précisée à savoir la nullité de l'*instrumentum*.

1. En ce sens, J.B. HUBIN, « Réforme du droit de la preuve : quelle incidence sur le droit des assurances et de la responsabilité civile ? », *R.G.A.R.*, 2020, n° 15705/3.

2. Une règle spécifique est également prévue pour la conclusion des contrats par voie électronique. L'exigence d'une pluralité d'originaux est réputée satisfaite lorsque le procédé permet à chaque partie de disposer d'un exemplaire écrit ou d'y avoir accès.

L'obligation de respecter l'article 8.20 pour le gage de registre constitué par un consommateur rompt avec l'enseignement antérieur suivant lequel l'ancien article 1325 du Code civil (envisagé sous l'angle probatoire et non de la validité), qui vise les contrats synallagmatiques, ne s'appliquait pas au gage qui constituait un contrat unilatéral¹.

Concernant l'article 8.21 applicable à l'engagement unilatéral de payer, il est clairement indiqué que :

« *Quelle que soit la valeur de l'acte juridique et sans préjudice des exceptions prévues par la loi, l'engagement unilatéral de payer une somme d'argent ou de livrer une certaine quantité de choses fongibles ne fait preuve que si elle comporte la signature de celui qui souscrit cet engagement ainsi que la mention, écrite par lui-même, de la somme ou de la quantité en toutes lettres. Est nulle toute convention dérogeant à cette règle* ».

L'exigence antérieure d'un « acte écrit en entier de la main de celui qui le souscrit » ou de la mention « bon pour » suivi de la somme écrite en toutes lettres et accompagné de la signature est allégée. Seule la signature accompagnée de la mention de la somme ou de la quantité en toutes lettres est requise.

Le champ d'application de l'article 8.21 est limité aux obligations de payer des sommes d'argent ou de livrer des choses fongibles qui résultent soit d'un acte unilatéral (reconnaissance unilatérale de dettes) soit d'un contrat unilatéral (prêt, cautionnement)².

On peut légitimement s'interroger sur l'application de cet article 8.21 au contrat de gage. Comme le souligne à juste titre notre collègue F. Georges, « Il s'agit là d'une référence au texte proposé initialement par le groupe d'experts, lequel avait suggéré que le gage puisse également être constitué par volonté unilatérale »³. L'hypothèse d'un gage comme acte juridique unilatéral ayant été évacuée par le gouvernement, il reste à vérifier si l'on peut envisager l'hypothèse d'un gage comme contrat unilatéral qui comporte un engagement de payer une somme d'argent ou de livrer des choses fongibles⁴. Le contrat est unilatéral selon l'article 1103 de l'ancien Code civil

1. M. GREGOIRE, *Publicité foncière, Sûretés réelles et Privilèges*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 432.

2. Le Conseil d'Etat avait sur ce point souligné la discordance entre la notion de « reconnaissance unilatérale de dettes » de l'article 8.9 et la notion d'« engagement unilatéral de payer » de l'article 8.21 (avis n° 63.445/2 du 27 juin 2018 de la section de législation du Conseil d'Etat sur un avant-projet de loi « portant insertion du Livre 8 'La preuve' dans le nouveau Code civil », <http://www.raadvst-consetat.be>, pp. 13-14).

3. F. GEORGES, « La réforme des sûretés mobilières », *Rev. dr. ULg.*, 2013, p. 333.

4. Sous l'ancien régime, le gage en tant que contrat réel était qualifié par la doctrine de contrat unilatéral dès lors qu'il ne faisait naître d'obligations qu'à charge du créancier (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome VI, Les sûretés, partie 2, Bruxelles, Bruylant, 1942-1957, p. 998 et p. 1002).

« lorsqu'une ou plusieurs personnes sont obligées envers une ou plusieurs autres, sans que de la part de ces dernières il y ait d'engagement »¹. Autrement dit, peut-on ainsi envisager que le contrat de gage – devenu solennel¹ – ne comporte des obligations qu'à charge d'une partie et plus particulièrement du constituant, vu le libellé de l'article 8.21 qui suppose l'existence d'un engagement de payer ou de livrer²? L'hypothèse semble *a priori* relever du cas d'école. Chacune des parties au contrat de gage est généralement tenue d'engagements envers l'autre comme l'attestent les articles 29, § 1^{er}, al. 3, 32, dernier al. et 35, dernier al. du titre XVII du livre III de l'ancien Code civil ou, en matière de gage avec dépossession, les articles, 42, 43 et 44, ... du même titre XVII qui prévoient différentes obligations à charge du créancier gagiste³. La réponse n'est, en réalité, pas si évidente en présence d'un gage de registre pour lequel les obligations du créancier consistent uniquement en des obligations d'information. Peut-on véritablement y voir l'existence d'une réciprocité des obligations – étant entendu que c'est cette réciprocité qui caractérise le contrat synallagmatique – sans laquelle « le contrat ne se concevrait pas »⁴? Dans l'affirmative⁵, les contrats unilatéraux se réduiraient à peu de chagrin...

A considérer que la qualification de contrat unilatéral puisse être retenue, une seconde question doit encore être résolue. Peut-on envisager l'engagement du constituant comme un engagement de payer alors même qu'il s'agit, plus exactement et à l'instar des autres sûretés réelles, de l'affectation de la valeur d'un ou plusieurs biens à la satisfaction du créancier? A notre estime, la réponse demeure

1. Le gage de registre conclu avec un constituant consommateur est en effet un contrat solennel par dérogation au caractère consensuel du gage.

2. On rappellera qu'historiquement le gage était qualifié d'unilatéral car il n'engendrait d'obligations qu'à charge du créancier gagiste. L'obligation de remise de la chose dans le chef du constituant résultait, en réalité, du caractère réel du gage. La suppression du caractère réel du gage au profit du caractère, en principe, consensuel du gage fait émerger de nouvelles questions.

Ainsi, peut-on désormais considérer que le contrat crée des obligations à charge du constituant? La réponse, en présence d'un gage avec dépossession, est résolument affirmative. La suppression du caractère réel entraîne une véritable obligation de dépossession (remise de la chose) qui incombe désormais au constituant (alors que cette obligation n'était auparavant pas analysée comme telle mais comme condition de validité du contrat de gage). La question se pose avec plus d'acuité en présence d'un gage de registre. La loi met toutefois à charge du constituant différentes obligations (voir par ex. l'article 16, al. 1^{er} du titre XVII). La question pourrait également se poser dans le chef du créancier gagiste. A cet égard, on soulignera que le contrat de gage a toujours été analysé comme n'engendrant des obligations qu'à charge du créancier gagiste. La réforme ne remet pas en cause ce principe.

3. Comme nous l'avons indiqué, la réforme du droit des sûretés réelles mobilières ne remet donc pas en cause l'existence d'obligations dans le chef du créancier gagiste.

4. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome II, Les obligations, partie 1^{re}, Contrat, Bruxelles, Bruylant, 1994-1967, p. 415.

5. A notre estime, les obligations d'information sont, en matière de gage, essentielles. voir notamment l'article 48 du Titre XVII du Livre III de l'ancien Code civil.

négative. L'affectation d'un bien en garantie d'une obligation principale ne peut être qualifiée de paiement au sens juridique. La référence à l'article 8.21 semble dès lors inutile. Autant de questions dont ne semblent guère s'émouvoir doctrine et jurisprudence.

Bien que les articles 8.20 et 8.21 ressortent au domaine du droit de la preuve, le législateur érige leur respect en condition de validité. Ainsi, leur non-respect, par dérogation aux principes applicables en droit de la preuve¹, entraîne, non pas la nullité de l'*instrumentum*, mais bien la nullité du *negotium*². La doctrine y voit, à juste titre, une certaine incohérence³.

8 Mention de la valeur du bien gagé ou des biens gagés. L'article 4, al. 3, impose également, au rang – semble-t-il⁴ – des conditions de validité⁵, la mention de la valeur du ou des bien(s) gagé(s)⁶.

Cette exigence doit être lue en parallèle avec l'article 7, al. 4, du Titre XVII qui instaure la règle selon laquelle si le constituant du gage est un consommateur, « la valeur du bien gagé ou des biens gagés ne peut excéder le double de l'étendue du gage telle que fixée par l'article 12 ». La mention exigée permet en effet de vérifier le respect des mesures protectrices du consommateur. Le législateur entend éviter que le constituant consommateur ne mette en gage un bien dont la valeur serait nettement supérieure à la créance garantie. Le maximum autorisé est en effet le double de l'étendue du gage.

9 Exigences probatoires. La preuve d'un contrat de gage de registre conclu avec un constituant consommateur est régie par l'article 4, alinéa 1^{er}, qui dispose que « *La mise en gage est prouvée par un écrit contenant la désignation précise des biens grevés du gage, des créances garanties et du montant maximum à concurrence duquel les créances sont garanties* ».

Partant, certaines exigences de validité et de preuve se superposent⁷ sans toutefois se confondre totalement. C'est, par exemple, uniquement à titre probatoire que

1. Voir notamment, art. 8.20, al. 4, C. civ.

2. R. STEENNOT, « Algemene regeling van het pand », in *Het nieuwe zekerheidsrecht*, J. Baeck et M. Kruithof (éd.), Anvers, Intersentia, 2014, p. 33, n° 9.

3. F. GEORGES, « La réforme des sûretés mobilières », *R.F.D.L.*, 2013, p. 346.

4. La question reste discutée. Voir sur les trois hypothèses possibles (condition de validité, condition de preuve ou exigence non frappée de sanction), S. LANDUYT, « Commentaar bij art. 4 Pandwet », in *Voorrechten en hypotheken. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Malines, Kluwer, 2014, p. 20, n° 51 et s.

5. Voir le renvoi opéré par l'article 4, alinéa 3, à l'alinéa 2.

6. Voir sur la détermination de la valeur, S. LANDUYT, « Commentaar bij art. 4 Pandwet », in *Voorrechten en hypotheken. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Malines, Kluwer, 2014, p. 19, n° 45 et s.

7. On songe notamment à l'exigence d'un écrit.

l'article 4 exige « *la désignation précise des biens grevés du gage, des créances garanties et du montant maximum à concurrence duquel les créances sont garanties* ».

A cet égard, on précisera que ces précisions devront, conformément à l'article 30 du Titre XVII du livre III de l'ancien Code civil, être mentionnées lors de l'enregistrement du gage¹. On voit ici apparaître des liens entre l'opposabilité du gage et la preuve de ce dernier.

10 Sanction. La sanction qui frappe le défaut des mentions précisées à l'article 4, alinéa 1^{er} demeure incertaine².

Vu l'absence de dispositions particulières, la sanction devrait consister en la nullité de l'*instrumentum* conformément au droit commun. L'écrit incomplet pourrait-il être considéré comme un commencement de preuve par écrit³ ? Les mentions précitées pourraient dès lors être rapportées par présomptions, témoignages complétant le commencement de preuve voire par aveu ou serment. Cette sanction tirée du droit commun ne s'accommode toutefois pas parfaitement aux particularités du gage et de son régime probatoire. On notera cependant que la nullité de l'*instrumentum* pourra être couverte suite à l'exécution du contrat par la partie qui s'en prévaut⁴.

La véritable sanction semble plutôt dériver des articles 29 et 30. L'écrit qui ne contiendrait pas l'ensemble des mentions requises ne pourra faire l'objet d'un enregistrement et sera, *a fortiori*, inopposable. La situation se complexifie si l'on présuppose que l'enregistrement a pu avoir lieu malgré l'absence des mentions requises. On avance en doctrine que le gage demeurerait inopposable malgré son enregistrement⁵. La solution pourrait paraître sévère lorsqu'une seule mention fait défaut.

1. Voir aussi la référence à l'article 4 que renferme l'article 29 du Titre XVII du livre III de l'ancien Code civil.

2. On rappelle que la sanction applicable en cas de non-respect de l'article 4, al. 3, est la nullité du gage (*negotium*) si l'on considère qu'il s'agit d'une condition de validité et non d'une exigence probatoire (voir *supra*, n° 8).

3. Voir *contra* : S. LANDUYT, « Commentaar bij art. 4 Pandwet », in *Voorrechten en hypothecken. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Malines, Kluwer, 2014, p. 13, n° 25, note 5. La justification ne nous paraît toutefois pas pertinente au regard de l'arrêt de la Cour de cassation du 19 mars 2012 (R.G. C.10.0645.F., R.C.J.B., 2014, p. 651, note R. Jafferli). En matière de transaction, la Cour reconnaît indirectement la possibilité d'invoquer l'article 1347 en l'absence d'écrit conforme.

4. B. CATTOIR, « Burgerlijk Bewijsrecht », *A.P.R.*, Anvers, Kluwer, 2013, n° 573.

5. R. STEENNOT, « Algemene regeling van het pand », in *Het nieuwe zekerheidsrecht*, J. Baeck et M. Kruithof (éd.), Anvers, Intersentia, 2014, p. 36, n° 14.

B. LE CONSTITUANT DU GAGE NON-CONSOmmATEUR

11 Écrit avec mentions comme condition de preuve. Lorsque le constituant n'est pas un consommateur, l'exigence d'un écrit l'est uniquement à titre probatoire, le contrat de gage étant consensuel.

L'article 4 impose non seulement un écrit mais également « la désignation précise des biens grevés du gage, des créances garanties et du montant maximum à concurrence duquel les créances sont garanties ».

Cette exigence déroge à l'article 8.9 qui n'exige un écrit que lorsque l'acte juridique porte sur une somme ou une valeur égale ou supérieure à 3500,00 EUR.

Notons que la controverse liée à la notion d'écrit (et non d'écrit signé) se pose dans les mêmes termes que ceux déjà évoqués. Nous y renvoyons le lecteur (*supra*, n° 6).

12 Articulation avec le régime de la preuve libre entre entreprises. Une autre opération délicate consiste à articuler l'article 4, al. 1^{er}, du Titre XVII du Livre III de l'ancien Code civil avec l'article 8.11 du (nouveau) Code civil. Ce dernier dispose :

« Contre des entreprises ou entre entreprises, telles que définies à l'article I.1, alinéa 1er, du Code de droit économique, la preuve peut être apportée par tous modes de preuve, sauf exception établie pour des cas particuliers.

La règle énoncée à l'alinéa 1^{er} ne s'applique pas aux entreprises lorsqu'elles entendent prouver contre une partie qui n'est pas une entreprise. Les parties qui ne sont pas une entreprise qui souhaitent prouver contre une entreprise peuvent utiliser tous modes de preuve.

La règle énoncée à l'alinéa 1^{er} ne s'applique pas non plus, à l'égard des personnes physiques exerçant une entreprise, à la preuve des actes juridiques manifestement étrangers à l'entreprise ».

L'exception prévue à l'article 8.11 qui assure la primauté du régime de la preuve libre entre entreprises remplace l'article 1348*bis* du Code civil qui s'était lui-même substitué à l'ancien article 25 du Code de commerce.

D'emblée, deux points méritent d'être épinglés. D'une part, le critère ne se fonde plus sur la nature des engagements (régime issu du Code de commerce) mais bien sur la qualité des parties (régime issu du Code civil)¹. D'autre part, il n'existe plus, à proprement parler, de *lex specialis*.

Le problème d'articulation qui nous occupe s'est déjà posé dans des termes semblables, sous l'ancien régime du droit de la preuve, avec le contrat de

1. Voir G. FRUY et L. DEBROUX, « La preuve entre entreprises », in D. MOUGENOT, *La réforme du droit de la preuve*, CUP, vol. 193, Liège, Anthemis, 2019, p. 159.

transaction. Dans son impressionnante contribution parue à la *Revue critique de jurisprudence belge*, R. Jafferalli¹ s'est en effet intéressé à l'articulation de l'article 25 du Code de commerce et l'article 2044, al. 2, de l'ancien Code civil relatif à la preuve du contrat de transaction.

La controverse fut tranchée par notre Cour suprême dans un arrêt du 19 mars 2012. A l'occasion de cet arrêt, la Cour décide que l'article 2044, alinéa 2, ne constitue pas une exception à l'article 25 du Code de commerce. « En matière commerciale, le juge peut, dès lors, admettre la preuve de l'existence de ce contrat par présomptions, même en l'absence d'un commencement de preuve par écrit au sens de l'article 1347 du Code civil »². Ce faisant, la Cour de cassation suit les traces de son homologue française.

Cette décision est approuvée, à raison, par R. Jafferalli qui, en présence d'un conflit entre les règles de preuve du droit commun et les règles applicables aux contrats spéciaux, suggère de recourir à deux critères³. L'auteur propose de s'en référer à la nature civile ou commerciale de la réglementation qui impose l'écrit d'une part, tout en ayant égard à l'objectif en vue duquel l'exigence de forme est prévue d'autre part⁴. Autrement dit, la règle de l'article 2044 étant une règle de nature civile, elle n'a pas vocation à s'étendre à la matière commerciale⁵. En outre, l'objectif poursuivi par l'article 2044 étant purement probatoire (l'article ne vise pas d'autres objectifs distincts et complémentaires à la réglementation de la preuve), la règle de l'écrit n'a pas vocation à être étendue⁶.

Le même raisonnement ne nous paraît cependant pas pouvoir être appliqué à notre hypothèse pour plusieurs raisons. Tout d'abord, la règle de l'article 25 du Code de commerce figure désormais dans le Code civil. Ensuite, ce n'est plus la nature des engagements qui est envisagée comme critère mais bien la qualité des parties. L'article 4 ne poursuit pas, de surcroît, uniquement des objectifs probatoires même si c'est le cas dans l'hypothèse qui nous occupe. Comme le précise S. Landuyt, « Dit blijkt duidelijk uit de parlementaire voorbereidingen waarin wordt gesteld dat het de bedoeling is om het onderscheid tussen het burgerlijk pand

1. R. JAFFERALLI, « La liberté de la preuve en matière commerciale, spécialement de la transaction », *R.C.J.B.*, 2014, pp. 662-714.

2. Cass., 19 mars 2012, R.G. C.10.0645.F, *R.C.J.B.*, 2014, p. 651, note R. Jafferalli.

3. R. JAFFERALLI, « La liberté de la preuve en matière commerciale, spécialement de la transaction », note sous Cass., 19 mars 2012, *R.C.J.B.*, 2014, p. 714.

4. *Ibid.*

5. Comme nous l'exposons ci-après, la matière est désormais élargie à l'ensemble des entreprises (art. 1348bis C. civ. inséré par la loi du 15 avril 2018 et remplacé par l'article 8.11 du nouveau Code civil).

6. *Ibid.* p. 717 et s.

en het handelspand op te heffen. Zoals hierboven reeds opgemerkt, is trouwens een geschrift nodig om het pandrecht te laten registeren en tegenwerpelijk te maken ten aanzien van derden »¹. Superposer deux régimes dont la distinction cardinale est fondée sur la qualité des parties n'aurait pas beaucoup de sens. L'écrit nous paraît dès lors exigé en présence de contrats conclus entre entreprises.

13 Respect, le cas échéant, des articles 8.20 ou 8.21. En l'absence de précision à l'article 4, on peut se demander si conformément au droit commun de la preuve, l'écrit devra respecter également le prescrit des articles 8.20 ou 8.21² du (nouveau) Code civil. Ni la loi ni les travaux préparatoires n'en disent mot.

Deux thèses peuvent être envisagées.

D'une part, l'on pourrait avancer qu'en l'absence de mention expresse³, il n'y a pas lieu de respecter le(s) article(s) précité(s). Cette interprétation *a contrario*⁴ demeure toutefois très fragile.

D'autre part, l'on pourrait arguer que rien ne justifie que le législateur ait entendu déroger à un formalisme probatoire respectueux des intérêts du constituant du gage. Instaurer une protection en deçà du formalisme applicable en droit commun serait peu cohérent.

A défaut de dérogation expresse au droit commun de la preuve, cette seconde thèse retient notre préférence⁵. Concédonc néanmoins que le législateur, soucieux d'abandonner le caractère réel du gage au profit d'un contrat consensuel, semble avoir oublié les incidences d'un tel changement sur le caractère synallagmatique du contrat et, plus particulièrement, sur les formalités qui s'y attachent (voir *supra* n° 7).

Il faudra évidemment encore composer avec les exceptions aux articles 8.20 (et 8.21) qui demeurent, à notre estime, applicables.

1. S. LANDUYT, « Commentaar bij art. 4 Pandwet », in *Voorrechten en hypotheeken. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Malines, Kluwer, 2014, p. 4, n° 6. Traduction libre : « Cela ressort clairement des travaux préparatoires qui précisent que l'intention est de supprimer la distinction entre gage civil et gage commercial. Comme mentionné ci-dessus, un écrit est d'ailleurs nécessaire pour enregistrer un gage et le rendre opposable aux tiers ».

2. Voir *supra*, sur l'inutilité de ce renvoi à l'article 8.21.

3. Notons en effet que certains articles du Titre XVII du Livre III de l'ancien Code civil y renvoient expressément.

4. Le raisonnement est le suivant : si le législateur a pris le soin de préciser que les articles 8.20 et 8.21 s'appliquent « si le constituant du gage est un consommateur », c'est que ces derniers ne s'appliquent pas si le constituant n'est pas un consommateur.

5. On applique d'ailleurs les mêmes principes pour d'autres contrats spéciaux (p. ex. le dépôt dont la preuve est régie à l'article 1923 de l'ancien Code civil et la transaction dont le régime probatoire figure à l'article 2044 de l'ancien Code civil, ...). On doit toutefois bien concéder que dans les cas précités, une interprétation *a contrario* n'est pas possible.

Pour rappel, sont dispensés de la formalité des originaux multiples¹ :

- les contrats formés par échanges de courriers par voie postale ou électronique ;
- les contrats sous forme électronique lorsque le procédé permet à chaque partie de disposer d'un exemplaire écrit ou d'y avoir accès ;
- les contrats formés par actes authentiques² ;
- les actes accomplis entre entreprises³.

Sont, par ailleurs, dispensés du prescrit de l'article 8.21⁴ :

- les actes soumis au principe de la preuve libre ;
- les actes soumis à l'article 8.20 et à la formalité des originaux multiples. Il s'agit plus précisément de l'engagement lié à une convention synallagmatique. On considère que le formalisme des originaux multiples absorbe celui de l'ancien « bon pour »⁵ ;
- les actes authentiques nuls en la forme ;
- les actes qui ne créent pas d'obligation mais qui ne font que reconnaître l'existence d'une dette préexistante⁶.

On voit à nouveau poindre la question de l'application des principes issus de l'article 8.11 du Code civil (preuve libre entre entreprises).

A cet égard, même si l'article 8.11 du (nouveau) Code civil ne permet pas de déroger à l'article 4 du Titre XVII du Livre III de l'ancien Code civil pour l'exigence de l'écrit (*supra*, n° 12), il nous paraît cohérent d'affirmer qu'il peut toujours jouer comme exception aux articles 8.20 et 8.21. Ainsi, par exemple, la

1. Voir sur ces exceptions, D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV, *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 233 et s.

2. S. LANDUYT, « Commentaar bij art. 4 Pandwet », in *Voorrechten en hypotheek. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Malines, Kluwer, 2014, p. 16.

3. Sans oublier qu'en présence d'un acte mixte, la non-entreprise ne devra pas se conformer à l'article 8.20.

4. Voir sur ces exceptions, D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV, *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 240 et s.

5. D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV, *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 245 et s.

Voir pour une application récente : Cass., 1^{er} mars 2019, *R.W.*, 2019-2020/23, p. 900-905. Eu égard à la raison d'être de cette disposition, il n'y a pas lieu d'observer l'article 1326 du Code civil lorsque l'obligation unilatérale est inscrite dans une convention qui a été soumise aux dispositions de l'article 1325 du même code.

6. Cass., 15 novembre 2018, *J.L.M.B.*, 2020, p. 8. La Cour précise que « Cette disposition s'applique à l'écrit qui constitue le titre de l'obligation unilatérale du débiteur. Constitue le titre de l'obligation l'écrit qui, fixant la somme que le débiteur doit à son créancier et constatant ainsi l'obligation du débiteur dont l'exécution est demandée, est le fondement de l'action introduite par le créancier contre son débiteur ».

formalité des originaux multiples ne devra pas être respectée en présence d'un gage conclu entre entreprises.

Notons que le non-respect des articles 8.20 ou 8.21, pour autant évidemment qu'ils soient applicables, est, à notre estime, gouverné par le droit commun de la preuve. Partant, en vertu de l'article 8.20, al. 4, l'écrit qui n'est pas rédigé en autant d'originaux que de parties ayant un intérêt distinct sera nul¹ (*instrumentum*) et ne vaudra que comme commencement de preuve s'il répond aux conditions de l'article 8.1, 7°. La même sanction prévaut en cas de non-respect de l'article 8.21².

La preuve par aveu et serment reste admise. Si l'acte répond à la notion de commencement de preuve par écrit, la preuve par témoignage ou présomption sera également autorisée.

14 Notion d'entreprise. L'exception qui concerne les contrats conclus entre des entreprises (*supra*, n° 13) invite à la prudence. Le fait de ne pas être en présence d'un constituant consommateur, n'entraîne pas automatiquement une dispense de respecter les articles 8.20, 8.21 (et 8.22). Il convient en effet de ne pas opposer systématiquement les notions d'entreprise et de consommateur. Il est en effet des situations où le constituant ne répond ni à l'article I^{er}, 1, 2° (définition du consommateur), ni à l'article I^{er}.1, 1° (définition de l'entreprise).

La notion d'entreprise au sens de l'article 8.11 du (nouveau) Code civil renvoie expressément à celle de l'article I^{er}, 1, 1°, du C.D.E.

L'entreprise est définie comme :

« chacune des organisations suivantes :

(a) toute personne physique qui exerce une activité professionnelle à titre indépendant ;

(b) toute personne morale ;

(c) toute autre organisation sans personnalité juridique.

Nonobstant ce qui précède, ne sont pas des entreprises, sauf s'il en est disposé autrement dans les livres ci-dessous ou d'autres dispositions légales prévoyant une telle application :

(a) toute organisation sans personnalité juridique qui ne poursuit pas de but de distribution et qui ne procède effectivement pas à une distribution à ses membres ou à des personnes qui exercent une influence décisive sur la politique de l'organisation ;

(b) toute personne morale de droit public qui ne propose pas de biens ou services sur un marché ;

1. Il s'agit d'une nullité relative (D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV, *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 238, n° 139 et p. 247, n° 150). Pour rappel, la solution est différente en présence de constituants consommateurs pour lesquels le non-respect des articles 8.20 et 8.21 (en tant que condition de validité) entraîne la nullité du *negotium* (et non de l'*instrumentum*).

2. Il s'agit toutefois d'un cas d'école (*supra*, n° 7). D. MOUGENOT, « Les Obligations », t. IV, *Rép. not.*, Livre 2, La preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 246-247, n° 150.

(c) l'Etat fédéral, les régions, les communautés, les provinces, les zones de secours, les prézones, l'Agglomération bruxelloise, les communes, les zones pluricommunales, les organes territoriaux intracommunaux, la Commission communautaire française, la Commission communautaire flamande, la Commission communautaire commune et les centres publics d'action sociale ».

Par exemple, ne répondent ni à la définition de consommateur, ni à celle d'entreprise :

- les personnes morales de droit public qui ne proposent pas de biens ou services sur un marché ;
- l'Etat fédéral, les régions, les communautés, les provinces, les zones de secours, les prézones, l'Agglomération bruxelloise, les communes, les zones pluricommunales, les organes territoriaux intracommunaux, la Commission communautaire française, la Commission communautaire flamande, la Commission communautaire commune et les centres publics d'action sociale ;
- les organisations sans personnalité juridique qui ne poursuivent pas de but de distribution et qui ne procède effectivement pas à une distribution à ses membres ou à des personnes qui exercent une influence décisive sur la politique de l'organisation.

En application de ces définitions, le contrat de gage conclu entre deux personnes morales de droit public sera soumis à la formalité des originaux multiples.

15 *Quid de l'article 8.22 (ancien article 1328) ?* L'article 8.22 du Code civil traite de la datation certaine des actes à l'égard des tiers¹.

Il dispose :

« L'acte sous signature privée n'acquiert date certaine à l'égard des tiers que :
1° du jour où il a été enregistré, ou
2° du jour où sa substance est constatée dans un acte authentique, ou
3° du jour où au moins l'une des parties se trouve dans l'incapacité de modifier l'acte ou sa date, notamment suite au décès de l'une d'elles ».

Cet article n'aura, en présence d'un gage de registre, que peu d'intérêt dès lors que l'opposabilité de la convention de gage (en ce compris sa date) est tributaire de son enregistrement dans le Registre national des Gages conservé à l'Administration générale de la Documentation patrimoniale (AGDP) du Service public fédéral Finances².

1. L'article 8.22 s'applique également aux actes juridiques unilatéraux (amendement n° 5, projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, 2018-2019, Ch. 54-3349/002, p. 6).

2. Art. 15 du Titre XVII du livre III du Code civil.

16 Sanctions : contextualisation. Le contrat de gage étant, en présence d'un constituant non-consommateur, un contrat consensuel, le non-respect de l'article 4 n'aura aucune incidence sur la validité du contrat.

La détermination de la sanction applicable en cas de non-respect de l'article 4 n'est pas pour autant une tâche aisée.

Deux situations peuvent être distinguées : celle où aucun écrit n'est établi et celle où un écrit est établi mais ne renferme aucune des mentions imposées.

17 Sanctions : absence d'écrit. Dans la première hypothèse (absence d'écrit), on peut se demander s'il reste permis de recourir aux exceptions à la preuve par écrit qui figurent aux articles 8.12 à 8.14¹.

Une réponse affirmative doit, selon nous, être apportée à cette question. Partant, la preuve du contrat pourrait être rapportée :

- par aveu, serment², commencement de preuve par écrit complété par d'autres modes de preuve (art. 8.13) ou par présomptions et témoignages en cas d'impossibilité de prouver (art. 8.12)³ ;
- par tous modes de preuve, par et contre les tiers (art. 8.14).

Rappelons si besoin en est, qu'en tout état de cause, à défaut d'écrit et *a fortiori* d'enregistrement, le contrat ne sera pas opposable aux tiers.

18 Sanctions : absence des mentions requises. Dans la seconde hypothèse (absence de mentions uniquement), les mêmes réflexions que celles déjà évoquées face à un constituant consommateur peuvent être émises.

Vu l'absence de dispositions particulières, la sanction devrait consister en la nullité de l'*instrumentum* conformément au droit commun. L'écrit incomplet pourrait-il être considéré comme un commencement de preuve par écrit⁴ ? Les mentions précitées pourraient alors être rapportées par présomptions, témoignages⁵, aveu ou serment. Cette sanction tirée du droit commun ne s'accommode toutefois pas parfaitement aux particularités du gage et de son régime probatoire.

1. Voir sur l'application de l'article 8.11, les développements qui figurent *supra* n° 12.

2. S. LANDUYT, « Commentaar bij art. 4 Pandwet », in *Voorrechten en hypotheken. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Malines, Kluwer, 2014, p. 12, n° 22.

3. Voir *supra*, n° 10.

4. Voir *contra* : S. LANDUYT, « Commentaar bij art. 4 Pandwet », in *Voorrechten en hypotheken. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Malines, Kluwer, 2014, p. 13, n° 25, note 5. La justification ne nous paraît toutefois pas pertinente au regard de l'arrêt de la Cour de cassation du 19 mars 2012 (R.G. C.10.0645.F., R.C.J.B., 2014, p. 651, note R. Jafferli). En matière de transaction, la Cour reconnaît indirectement la possibilité d'invoquer l'article 1347 en l'absence d'écrit conforme.

5. Notons que les témoignages et présomptions doivent être accompagnés d'un commencement de preuve par écrit.

La véritable sanction semble plutôt dériver des articles 29 et 30 du Titre XVII du Livre III de l'ancien Code civil. L'écrit qui ne contiendrait pas l'ensemble des mentions requises ne pourra faire l'objet d'un enregistrement et sera, *a fortiori*, inopposable. La situation se complexifie si l'on présuppose que l'enregistrement a pu avoir lieu malgré l'absence des mentions requises. On avance en doctrine que le gage demeurerait inopposable malgré son enregistrement¹. La solution pourrait paraître sévère lorsqu'une seule mention fait défaut.

III. Le gage avec dépossession portant sur des choses corporelles

A. LE CONSTITUANT EST UN CONSOMMATEUR

19 L'exigence d'un écrit. L'article 40, al. 2, du Titre XVII du livre III de l'ancien Code civil prévoit que si le constituant du gage est un consommateur, il est requis « pour que la convention soit prouvée »² qu'un écrit soit rédigé, selon le cas, conformément au prescrit de l'article 8.20 ou de l'article 8.21 du Code civil³.

Partant, le contrat de gage devra être prouvé au moyen d'un écrit respectant, le cas échéant, le prescrit des articles 8.20 ou 8.21 du (nouveau) Code civil.

Les exceptions de droit commun aux articles 8.20 et 8.21 demeurent valables (*supra*, n° 12) mais trouveront plus rarement à s'appliquer vu que le constituant est un consommateur (non-application de l'article 8.11 au bénéfice de l'entreprise). En cas de non-respect d'une formalité, s'agissant d'une condition probatoire, l'*instrumentum* est nul.

L'enregistrement conforme à l'article 8.22, 1°, permettra également d'éviter toute discussion concernant le rang du gage.

A cet égard, il semble utile de rappeler que l'enregistrement du gage avec dépossession dans le Registre national n'est pas prévu⁴. Cet enregistrement diffère par ailleurs de l'hypothèse visée à l'article 8.22, 1°.

On peut d'ailleurs se demander s'il n'eût pas été intéressant, afin d'éviter tant que faire se peut des querelles d'ordre probatoire, de permettre l'enregistrement de ce

1. R. STEENNOT, « Algemene regeling van het pand », in *Het nieuwe zekerheidsrecht*, J. Baeck et M. Kruithof (éd.), Anvers, Intersentia, 2014, p. 36, n° 14.

2. Il s'agit bien ici d'un formalisme probatoire et non d'un formalisme de validité.

3. Notons que dans cette hypothèse, le contrat est consensuel.

4. Les travaux préparatoires indiquent d'ailleurs, au sujet des dispositions relatives au gage avec dépossession, que « Cette section n'intègre que les règles qui dérogent au régime du gage de registre. Les règles de la section I s'appliquent donc par analogie, sauf lorsqu'il y est dérogé dans cette section ou lorsque ces règles ne peuvent s'appliquer qu'à un gage de registre » (*Projet de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières et abrogeant diverses dispositions en cette matière*, Doc. parl., Chambre, 2012-2013, n° 53/2463/001 et 2464/001, p. 54).

type de gage avec dépossession dans le Registre national des gages lorsque l'écrit constate la mise en possession¹.

Une autre difficulté gît dans l'obligation ou non de respecter les mentions imposées à l'article 4² auquel ne renvoie pas l'article 40.

B. LE CONSTITUANT N'EST PAS UN CONSOMMATEUR

20 Preuve libre. Le contrat de gage avec dépossession conclu avec un constituant non-consommateur peut être prouvé par toutes voies de droit, ou selon la formule consacrée par le livre 8, par tous modes de preuve.

L'article 40 intitulé « Preuve », prévoit en effet en son alinéa 1^{er} que « *La convention de gage peut être établie par toutes voies de droit* ».

En dépit de cette règle, nous verrons qu'il reste judicieux d'établir un écrit.

D'une part, l'article 39 soumet l'opposabilité du gage à la mise en possession matérielle du créancier (ou d'un tiers convenu). D'autre part, l'article 57 prévoit que le rang du gage avec dépossession est déterminé selon la date de prise en possession. Ainsi, il convient pour les parties de se ménager la preuve de cette mise en possession, laquelle peut être fournie par tous modes de preuve. Il est toutefois recommandé, pour obvier aux éventuelles difficultés d'ordre probatoire, d'établir un document et de le faire enregistrer³, et ce même si l'enregistrement n'est nullement exigé entre entreprises pour conférer date certaine à l'acte⁴. On vise ici l'enregistrement au sens de l'article 8.22, 1^o, du Code civil⁵ qui concerne la datation certaine des actes à l'égard des tiers.

1. Notons à cet égard le passage éclairant des travaux préparatoires : « Le Conseil d'État s'interroge sur l'opportunité d'abandonner le système actuellement en vigueur du Code civil qui distinguait la constitution du gage entre parties par dépossession d'une part, et l'opposabilité du privilège du gage vis-à-vis des tiers d'autre part, par "l'enregistrement" réglé à l'article 2074 du Code civil, que l'avant projet de loi supprime. Dès lors que la dépossession rend le gage opposable et donne rang, le législateur doit régler le régime de la preuve de la date de la dépossession vis-à-vis des tiers par rapport à la date de l'enregistrement qui donne rang aux gages constitués sans dépossession » (*Doc. parl.*, Ch. repr., n° 53-2463/001 p. 121).

2. Voir en faveur de l'obligation d'insérer les mentions de l'article 4 : R. STEENNOT, « *Algemene regeling van het pand* », in *Het nieuwe zekerheidsrecht*, J. Baeck et M. Kruithof (éd.), Anvers, Intersentia, 2014, p. 33, n° 9.

3. R. STEENNOT, « *Algemene regeling van het pand* », in *Het nieuwe zekerheidsrecht*, J. Baeck et M. Kruithof (éd.), Anvers, Intersentia, 2014, p. 63, n° 62.

4. L'opposabilité de la date des actes accomplis entre entreprises est, en effet, soumise au principe de la preuve libre.

5. Et ce même si l'article 8.22 ne trouve pas à s'appliquer notamment lorsque le contrat de gage est conclu entre entreprises ou qu'il est invoqué par une non-entreprise à l'égard d'une entreprise.

Il semble en effet utile de rappeler que l'enregistrement du gage avec dépossession dans le Registre national n'est pas prévu tandis qu'il n'a pas vocation à s'inscrire dans l'hypothèse visée à l'article 8.22, 1° (voir *supra*, n° 19).

IV. Le gage portant sur des espèces

21 **Renvoi.** La preuve du gage sur espèces étant régie par les mêmes règles que le gage avec dépossession, nous y renvoyons donc le lecteur (point III).

V. Le gage portant sur des créances

A. LE CONSTITUANT EST UN CONSOMMATEUR¹

22 **Principes.** Lorsque le constituant est un consommateur, la convention est prouvée par un écrit respectant l'article 8.20 (ou 8.21) du Code civil et mentionnant clairement le plafond de la garantie (art. 61, al. 2 : « montant maximal à concurrence duquel les créances sont garanties »)². Il convient d'y ajouter le respect des formalités prescrites à l'article 61, al. 1^{er} (désignation précise des créances grevées du gage et des créances garanties). Il s'agit donc, comme pour le gage avec dépossession mais à la différence du gage de registre, d'une condition probatoire et non de validité.

Les exceptions de droit commun aux articles 8.20 et 8.21 demeurent valables (*supra*, n° 12) mais trouveront plus rarement à s'appliquer vu que le constituant est un consommateur (non-application de l'article 8.11 au bénéfice de l'entreprise). En cas de non-respect d'une formalité, s'agissant d'une règle probatoire, l'*instrumentum* est nul.

Un enregistrement conforme à l'article 8.22, 1°, permettra de surcroît d'éviter toute discussion concernant le rang du gage³.

B. LE CONSTITUANT N'EST PAS UN CONSOMMATEUR

23 **Principes.** L'article 61, alinéa 1^{er}, du Titre XVII de l'ancien Code civil prévoit que le contrat de gage sur créances conclu avec un constituant non-consommateur

1. Notons qu'une controverse existe quant à savoir si le contrat de gage sur créances conclu avec un consommateur est un contrat solennel (M. GREGOIRE, « La modification du Code civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières », in *Insolvabilité et garanties*, F. Georges éd., coll. CUP, vol. 153, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 19, n° 20) ou un contrat consensuel (W. DERIJCKE, « La réforme des sûretés réelles mobilières », *R.D.C.*, 2013, p. 714, n° 104).

2. Sur les sanctions applicables en cas de non-respect des articles 8.20 ou 8.21, voir *supra*, n° 18.

3. Notons que l'article 15, al. 2, exclut expressément l'enregistrement du gage sur créances. L'enregistrement d'une universalité dont font partie des créances demeure toutefois autorisé.

est prouvé « *par un écrit contenant la désignation précise des créances grevées du gage et des créances garanties. Les dispositions de la section 1re relatives à la mention, dans l'écrit, du montant maximal à concurrence duquel les créances sont garanties, sont applicables* ».

L'opposabilité de ce type de gage est tributaire de la mise en possession. Cette mise en possession du créancier gagiste a lieu de manière fictive comme le prévoit l'article 60, au moment de la conclusion de la convention de gage « à condition qu'il dispose du pouvoir de notifier le gage au débiteur de la créance gagée ».

A défaut de renvoyer aux articles 8.20 (et 8.21), peut-on considérer que les parties sont dispensées de cette formalité ? La littérature juridique n'en dit mot. La réponse est à notre estime négative (voir *supra*, n° 13). Un retour au droit commun nous paraît s'imposer. Rappelons toutefois que les conventions de gage souscrites entre deux entreprises ne seront pas soumises aux formalités des originaux multiples.

A l'instar de ce qui est préconisé pour le gage avec dépossession sur des meubles corporels, il est recommandé que l'écrit ait date certaine (8.22 nouveau C. civ.) dès lors que les conflits de rang se règlent en fonction des dates d'opposabilité qu'il convient de prouver à l'égard des tiers.

VI. La preuve par et contre les tiers¹

24 Règle de l'article 8.14. L'article 8.14 du (nouveau) Code civil intitulé « Preuve par et contre les tiers » dispose que « *Les tiers peuvent rapporter la preuve d'un acte juridique par tous modes de preuve.*

Sans préjudice de l'article 8.22², la preuve d'un acte juridique peut être rapportée par une partie à l'égard des tiers par tous modes de preuve ».

Avant l'entrée en vigueur de la réforme du droit de la preuve, la doctrine était d'avis que les tiers pouvaient rapporter la preuve du contrat de gage par toutes voies de droit (expression désormais remplacée par « tous modes de preuve »)³. La réforme n'emporte aucune modification des principes applicables sur ce point.

A l'inverse, l'hypothèse de la preuve par les parties à l'égard des tiers semblait régie par l'article 4⁴. La réforme prend le contre-pied de cette position dès lors

1. La question de la datation certaine est toutefois abordée *supra*, n° 14.

2. Voir *supra*, concernant l'opposabilité de la date aux tiers.

3. S. LANDUYT, « Commentaar bij art. 4 Pandwet », in *Voorrechten en hypotheken. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Malines, Kluwer, 2014, p. 13, n° 23.

4. Voir en ce sens, S. LANDUYT, « Commentaar bij art. 4 Pandwet », in *Voorrechten en hypotheken. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Malines, Kluwer, 2014, p. 4, n° 4.

qu'elle permet de rapporter la preuve d'un contrat à l'égard des tiers par tous modes de preuve¹.

Cette divergence doit toutefois être relativisée pour le gage de registre vu l'instauration de l'enregistrement comme formalité d'opposabilité aux tiers.

Pour les autres types de gage, la date de la mise en possession jouant un rôle primordial, un écrit sera généralement établi par les créanciers gagistes sous peine d'être privés d'un rang utile.

25 Conclusions. La réforme du droit de la preuve n'a pas bouleversé significativement les règles applicables à la preuve du contrat de gage.

Elle a toutefois le mérite, outre la substitution des articles 8.20 et 8.21 aux articles 1325 et 1326, de mettre à nouveau en lumière tant les dérogations au droit commun que les controverses restées trop discrètes.

Il suffit tout d'abord de penser à la notion d'écrit et aux nouvelles définitions du livre 8. L'exigence d'un écrit en matière de gage peut constituer, dans certains cas, une dérogation aux principes du droit de la preuve qui figurent dans le livre 8.

On songe également à certaines curiosités telles que le respect des articles 8.20 ou 8.21 comme conditions de validité du contrat.

L'examen des dispositions aura par ailleurs permis d'articuler davantage les dispositions du Titre XVII du Livre III de l'ancien Code civil avec les exceptions à l'écrit et les sanctions en cas de non-respect des articles 8.20 et 8.21 du (nouveau) Code civil. La preuve du contrat à l'égard des tiers est encore affinée.

Enfin, on peut regretter l'absence de prise en considération, en droit des sûretés, de l'article 8.22, malgré l'enjeu crucial qui se dévoile à son endroit en matière de conflits de rang.

Une chose est sûre, il y a certainement encore fort à faire sur la lisibilité d'un tel régime.

1. Cette consécration officielle de la liberté pour une partie de prouver l'existence d'un contrat par tous modes de preuve à l'égard d'un tiers met fin à une controverse doctrinale (pour une présentation de cette controverse, voir C. BIQUET-MATHIEU, L. DAUMEN et M. ENGLEBERT, « Le formalisme probatoire », in D. MOUGENOT, *La réforme du droit de la preuve*, Cup vol. 193, Liège, Anthemis, 2019, p. 74).

Annexe : schéma – la preuve du contrat de gage

