

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le nouveau livre 3 du Code civil

George, Florence; Ouchinsky, Nicholas

Published in:
Journal des Tribunaux

Publication date:
2022

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

George, F & Ouchinsky, N 2022, 'Le nouveau livre 3 du Code civil: ceci n'est pas une sûreté réelle...', *Journal des Tribunaux*, numéro 6885, pp. 69-76.

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.

Doctrines

Le nouveau livre 3 du Code civil : ceci n'est pas une sûreté réelle..., par F. George et N. Ouchinsky 69

Jurisprudence

■ Abus de droit - Balance des intérêts - Intérêts privés en présence (oui) - Intérêt collectif distinct (non)

Cass., 1^{re} ch., 22 octobre 2021, observations de F. Glansdorff 76

■ Faillite - Conditions - Ébranlement du crédit - Cessation de paiement persistante - Dettes préexistantes
Bruxelles, 9^e ch., 12 février 2021 78

■ Tribunal de la famille - Compétence territoriale
Trib. fam. Namur, div. Namur, 3^e ch., 25 mars 2020 80

■ Tribunal de la famille - Compétence territoriale
Trib. fam. Namur, div. Namur, 2^e ch., 18 mars 2020 81

Chronique

Colloques - Bibliographie - Coups de règle.

Bureau de dépôt : Louvain 1
Hebdomadaire, sauf juillet et août
ISSN 0021-812X
P301031

Journal des tribunaux

https://jt.larcier.be
5 février 2022 - 141^e année
5 - N^o 6885
Georges-Albert Dal, rédacteur en chef

Doctrines

Le nouveau livre 3 du Code civil : ceci n'est pas une sûreté réelle(*)...

À l'occasion de la réforme du droit des biens, le législateur a cru bon de régler à la marge le sort des sûretés réelles, autrefois qualifiées de droits réels accessoires. Le livre 3 du nouveau Code civil consacre ainsi une nouvelle définition de la notion de sûreté réelle. Le législateur n'a toutefois eu égard qu'aux règles propres au droit des biens, faisant complètement fi tantôt de la réforme des sûretés réelles mobilières, tantôt du droit de l'insolvabilité. Même s'il a pris la précaution de réserver la nouvelle définition de sûreté réelle à l'application du livre 3, le droit des sûretés et le droit de l'insolvabilité n'en sortiront, à notre estime, pas totalement indemnes. Le régime des causes légitime de préférence est morcelé et présente de nombreuses incohérences. Espérons que le législateur aura à cœur de remettre l'ouvrage sur le métier lors de l'adoption du prochain livre 9 du Code civil, en consacrant une définition claire et cohérente de la cause légitime de préférence et des différentes notions qu'elle englobe.

1. Introduction. — Jusqu'ici, l'incidence de l'adoption du livre 3 du Code civil sur le droit des sûretés passait presque inaperçue. À la lecture des travaux préparatoires, les adaptations semblaient davantage relever d'un simple toilettage ou de clarifications attendues.

Une analyse plus approfondie des nouvelles dispositions du livre 3 insérées par la loi du 4 février 2020¹ révèle toutefois un régime perfectible.

2. Plan. — En marge des consécutions à droit constant ou des évolutions appelées de ses vœux par la doctrine (1), le livre 3 du Code civil vient ébranler certains principes bien ancrés du droit des sûretés.

En supprimant des articles-clés de la loi hypothécaire (ci-après « LH ») sans leur substituer nécessairement d'équivalent, la réforme crée, tout d'abord, de nouvelles incertitudes (2).

Les nouvelles classifications s'écartent, par ailleurs, de celles traditionnellement admises. La distinction entre les causes légitimes de préférence, les sûretés réelles ainsi que les privilèges (généraux ou spéciaux) pêche par son manque de clarté ou, à tout le moins, par son absence d'uniformité avec les autres corps de règles (3). La nature de la clause de réserve de propriété en constitue un exemple symptomatique.

Entre le livre 3 du (nouveau) Code civil, le titre 17 du livre III de l'ancien Code civil et le livre XX du Code de droit économique, la portée des notions diverge. Les distorsions ciblées auront probablement pour effet de faire renaître de lancinantes controverses (IV).

La présente contribution entend pointer rapidement les maladies de jeunesse que le livre 3, à l'instar de toute nouvelle législation, sera vraisemblablement appelé à affronter.

1 Des consécutions souhaitées

3. Aperçu. — Nul ne conteste les liens étroits que nouent le droit des biens et le droit des sûretés. Les sûretés réelles étaient d'ailleurs, avant la réforme du livre 3, qualifiées de droits réels accessoires².

(*) Les auteurs de la présente contribution remercient vivement Thomas Hürner pour sa précieuse relecture.

(1) Loi du 4 février 2020 portant le livre 3 « Les biens » du Code civil, *M.B.*, 17 mars 2020. Cette loi est entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2021.

(2) Les travaux préparatoires justifient l'abandon de cette qualification en ces termes : « Les auteurs de la pro-

NOUVELLE ÉDITION



CODE ANNOTÉ
**CODE DU NOTARIAT
2022**

À jour au 1^{er} janvier 2022

Thibault Denotte, Lévi Rosu,
Salvino Sciortino

Sous la direction scientifique de : Philippe De Page, Yves-Henri Leleu, Jean-François Taymans, Pierre Van den Eynde

Avec la collaboration de : Egon Ronse De Craene, Georges De Sutter, Bernard Snyers, Stephanie Van Nieuwenhuysen

Ce Code reprend l'ensemble des textes essentiels au notariat. Il intègre les dernières modifications en matière notariale. Une sélection rigoureuse de textes en fait un outil performant et maniable.

> Les Codes annotés Larcier
1318 p. • 250,00 € • 16^e édition 2022

www.larcier.com

orders@larcier.com
Lefebvre Sarrut Belgium SA
Boulevard Baudouin 1^{er}, 25 • B-1348 Louvain-la-Neuve
Tél. 0800/39 067 • Fax 0800/39 068

On peut cependant se demander s'il était judicieux pour le législateur de s'emparer d'un domaine aussi tentaculaire que le droit des sûretés. Outre la récente réforme du droit des sûretés réelles mobilières adoptée en juillet 2013³ et entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2018, le droit des sûretés est en effet encore appelé à évoluer. La loi du 13 avril 2019⁴ qui crée le nouveau Code civil insère en effet un livre 7 (qui entre-temps deviendra probablement le livre 9) consacré au droit des sûretés, lequel est actuellement en phase de rédaction. Une telle intervention en aval du projet cadennaise — ou limite sensiblement, à tout le moins — la marge de manœuvre des rédacteurs du projet de livre 9.

Concédonns toutefois que la LH a, depuis son adoption, pris un sacré coup de vieux. Les simplifications, clarifications et consécration voulues par le législateur constituent de réelles avancées.

Nous revenons donc, en guise de préambule, sur les principales d'entre elles.

4. Les principes de sujétion uniforme des biens du débiteur et d'exécution forcée sur les biens du débiteur. — Parmi les grands principes du droit de poursuite des créanciers, l'on retrouve le principe de sujétion uniforme des biens du débiteur et celui d'exécution forcée sur les biens du débiteur⁵. Tandis que le premier, contenu à l'article 7⁶ de la LH, signifie que tous les biens du débiteur sont affectés au paiement de ses dettes, le second, issu de l'article 8⁷ de la même loi, prévoit que les créanciers peuvent saisir tous les biens du débiteur à défaut de paiement volontaire.

Ces deux articles disaient en réalité la même chose⁸ en se plaçant tantôt sous le prisme du débiteur (qui doit remplir ses engagements sur tous ses biens), tantôt sous celui du créancier (qui a droit à l'exécution forcée sur les biens du débiteur). Ils constituaient les deux faces d'une même pièce et renvoyaient au principe de l'unité et l'indivisibilité du patrimoine qui est désormais clairement consacré à l'article 3.35^{9,10}.

On s'attendait donc logiquement à ce que ces deux articles soient fusionnés, dans un souci de simplification. L'article 3.36 du Code civil intitulé « Droit de gage général » rencontre ces attentes puisqu'il dispose en son alinéa 1^{er} que « À moins que la loi ou le contrat n'en dispose autrement¹¹, le créancier peut exercer son droit de recours sur tous les biens de son débiteur ». Le principe de l'égalité des créanciers — qui constitue également un principe fondateur du droit des sûretés — est repris à l'alinéa 2 (voy. sur ce principe et ses exceptions *infra* n° 6).

5. La subrogation réelle. — Le principe de la subrogation réelle est désormais ancré de manière générale à l'article 3.10¹². Ce dernier porte que « Un droit réel s'étend de plein droit à tous les biens qui viennent en remplacement de l'objet initial du droit réel, parmi lesquels les créances qui se substituent au bien, telle l'indemnité due par des tiers, à raison de la perte, de la détérioration ou de la perte de valeur de l'objet, pour autant que le droit réel puisse être exercé de manière utile sur

le nouvel objet et qu'il n'y ait aucun autre moyen de sauvegarder le droit ».

La portée des articles 10 de la LH, 9 et 70 du titre XVII du livre III de l'ancien Code civil est donc étendue¹³.

Les conditions d'application de la subrogation sont mentionnées dans les travaux préparatoires : (i) « il doit s'agir d'un droit réel » ; (ii) « le droit réel ne peut être *intuitu rei*, ce qui signifie que le droit réel peut également être exercé utilement sur un autre bien que l'objet initial » ; (iii) il « peut s'agir tant d'une perte juridique (vente, donation, échange), dans le cadre de laquelle le droit de suite ne peut être exercé, que d'une perte matérielle (disparition, dégradation) ». L'objet initial du droit réel doit, enfin, (iv) « être remplacé par un autre bien qui correspond à la valeur de l'objet initial »¹⁴.

2 Un premier oubli : les causes légitimes de préférence

6. Le principe d'égalité et exceptions. — Le principe d'égalité des créanciers connaissait déjà sous l'empire de la LH une exception de taille qui visait les causes légitimes de préférence.

L'article 8 LH disposait, en effet, que « Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers, et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence ».

Aux termes de l'actuel article 3.36, alinéa 2, il est dorénavant prévu que : « En cas de concours entre les créanciers, le produit de réalisation sera distribué entre ceux-ci en proportion de leurs créances, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence. Un créancier peut conclure un contrat avec son débiteur par lequel il renonce, au profit de certains ou de tous les créanciers, au rang que la loi lui attribue ».

7. La griffe du Conseil d'État. — Dans la première mouture de la réforme, le projet d'article 3.35 prévoyait que dérogeaient au principe de l'égalité les « créanciers privilégiés ».

Dans son avis rendu le 10 juillet 2018, le Conseil d'État a estimé, à juste titre, que l'utilisation des termes « créanciers privilégiés » était source d'insécurité dès lors qu'elle laissait à penser que seuls les créanciers bénéficiant d'un privilège, à l'exclusion des créanciers bénéficiant d'une autre cause légitime de préférence, seraient visés. Pour le Conseil d'État, il convenait d'en revenir à l'« utilisation actuelle par l'article 8 de la loi hypothécaire des termes « des causes légitimes de préférence » afin « d'englober tant les créanciers privilégiés que les créanciers bénéficiant de sûretés »¹⁵.

position ont choisi de ne pas utiliser comme distinction principale la distinction entre droits réels principaux et droits réels accessoires. En effet, le problème de cette distinction est que la notion de droit accessoire vise tant les sûretés réelles, que les servitudes, droits réels pourtant très différents. Il est par conséquent délicat d'utiliser cette catégorisation » (Proposition de loi portant insertion du livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, session 2019, n° 55, 0173/001, p. 16).

(3) Loi du 24 juin 2013 réglant des matières visées à l'article 77 de la Constitution en matière de sûretés réelles mobilières, *M.B.*, 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.*, 2 août 2013.

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

(5) F. T'KINT, *Sûretés et principes gé-*

néraux du droit de poursuite des créanciers, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 17 et s.

(6) Cet article disposait avant la réforme « Quiconque est obligé personnellement est tenu de remplir ses engagements sur tous ses biens mobiliers ou immobiliers, présents et à venir ».

(7) Cet article disposait avant la réforme « Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers, et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence ».

(8) F. T'KINT, *Sûretés et principes gé-*

néraux du droit de poursuite des créanciers, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2004, p. 43.

(9) Cet article dispose que « Le patrimoine d'une personne est l'universalité de droit comprenant l'ensemble de ses biens et obligations, présents et à venir. Toute personne physique ou morale a un et, sauf si la loi en dispose autrement, un seul patrimoine ».

(10) La règle est inscrite dans le Code civil et est formulée de telle sorte qu'elle puisse « donner un fondement à la théorie du patrimoine non seulement à l'égard des créanciers, mais également par rapport à des situations de transmission d'héritage » (*Doc. parl.*, Chambre, session 2019, n° 55, 0173/001, p. 81).

(11) Voy. sur ces exceptions, les travaux préparatoires qui précisent que « Elle consacre le principe de l'unité et de l'indivisibilité du patrimoine. En principe, un débiteur ne peut mettre en place de compartimentages dans son patrimoine, qui auraient pour effet de soustraire ou de réserver certains éléments patrimoniaux à certains créanciers. Dans le même temps, il est admis que sous la forme de l'insaisissabilité (légal ou conventionnelle), certains biens peuvent être soustraits aux droits de recours. En principe, ce n'est néanmoins possible que dans le cadre légal. Le débiteur et le créancier peuvent évidemment convenir aussi que ce dernier ne réalisera aucune

saisie sur certains biens. Il s'agit alors d'une limitation inhérente à la créance du créancier, qui s'impose également aux tiers acquéreurs de cette créance. Il est prévu dans le dernier alinéa la possibilité de conclure des contrats de cession de rang. En cas de contrat de cession de rang, un créancier de rang égal ou supérieur accepte que soit préféré un créancier de rang inférieur ou égal lors du partage des produits d'exécution de l'assiette de la sûreté (voy. R. FRANIS, *Achterstelling van schuldvorderingen in het insolventierecht*, Anvers, Intersentia, 2017, 566 p.) » (*Doc. parl.*, Chambre, session 2019, n° 55, 0173/001, p. 81).

(12) Voy. aussi A. WYLLEMAN et J. BAECK, *Goederenrecht*, Brugge, die Keure, la Charte, 2021, p. 167.

(13) *Doc. parl.*, Chambre, session 2019, n° 55, 0173/001, p. 29.

(14) *Ibidem*.

(15) Avis de la section de législation du Conseil d'État n° 63.490/2 du 10 juillet 2018 sur un avant-projet de loi « portant insertion du livre 3 « Les

Les rédacteurs de la proposition de loi déposée à la Chambre se sont conformés à cet avis en remplaçant, dans l'actuel article 3.36, alinéa 1, la désignation malheureuse de « créanciers privilégiés » par celle juridiquement plus appropriée de « créanciers titulaires de causes légitimes de préférence ».

8. L'absence de définition. — La notion de cause légitime de préférence n'est toutefois définie nulle part dans la loi¹⁶.

La doctrine la définit traditionnellement comme celle qui permet au créancier qui en bénéficie de primer les autres créanciers lors de la distribution du prix de réalisation des biens figurant dans le patrimoine¹⁷.

Si l'article 9 LH ne désignait que deux causes légitimes de préférence, à savoir les privilèges et les hypothèques, cette énumération était en réalité incomplète. M. Grégoire souligne, en effet, que « Parmi les causes légitimes de préférence, on trouve, certes, en une première catégorie, les privilèges (au sens strict), mais, dans une seconde catégorie, il faut ranger, à côté des hypothèques visées expressément par la loi, les sûretés réelles, en général »¹⁸.

On admettait ainsi qu'étaient implicitement compris dans cette disposition le gage et, depuis la réforme des sûretés réelles mobilières, le droit de rétention et la clause de réserve de propriété.

Il n'a malheureusement pas été prévu de pendant à l'ancien article 9 de la LH. Une notion aussi prégnante aurait pourtant mérité d'être définie ou circonscrite. On qualifie, en effet, traditionnellement la cause légitime de préférence sous le terme « sûreté », celle-ci protégeant le créancier contre l'insolvabilité de son débiteur¹⁹. Nous observerons cependant, ci-après, que l'utilisation du terme sûreté pour viser les notions de *privilège* et de *sûreté réelle* est source d'équivoque, la doctrine ayant tendance à confondre ces deux dernières notions²⁰.

On peut à tout le moins affirmer que constituent des causes légitimes de préférence : les privilèges généraux et spéciaux, les sûretés réelles mobilières (le gage, le droit de rétention et la clause de réserve de propriété) et l'hypothèque. Le sort à réserver aux mécanismes préférentiels du droit des obligations rendus opposables, malgré la naissance d'une situation de concours, par la Cour de cassation demeure incertain²¹. L'exemple par excellence est notamment la compensation légale de dettes connexes²² dont l'opposabilité est reconnue uniquement par la Cour de cassation et ce en dépit du prescrit de l'article 1298 de l'ancien Code civil²³.

3 Les nouvelles classifications et leur impact

9. La sûreté réelle n'est plus un droit réel accessoire, mais un droit réel qui protège contre l'insolvabilité. — L'article 3.3, alinéa 2, énonce au rang des droits réels le droit de propriété, la copropriété, les droits réels d'usage²⁴ et les sûretés réelles.

biens » dans le nouveau Code civil », p. 22/142.

(16) Voy. au sujet de l'absence de définition de manière générale dans la loi, les explications suivantes « Vu les remarques du Conseil d'État, il n'a pas été jugé souhaitable de débiter la proposition par toute une série de définitions. Pour les autres livres (droit des obligations et droit de la preuve) cela n'a pas été fait non plus, délibérément, pas plus que dans la loi réformant les sûretés mobilières (loi du 11 juillet 2013). Il a, au contraire, été décidé d'intégrer les définitions essentielles à l'endroit où se trouve le régime de la figure concernée. C'est par exemple le cas pour chacun des droits réels démembrés. D'autres définitions sont reprises dans les développements. Cela contribue à la perspective fonctionnelle du droit des biens » (*Doc. parl.*, Chambre, session 2019, n° 55, 0173/001, p. 6).

(17) F. T'KINT, *Sûretés et principes*

généraux du droit de poursuite des créanciers, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2004, p. 85, n° 135 ; M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière, sûretés réelles et privilèges*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 228, n° 503.

(18) M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière, sûretés réelles et privilèges*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 228, n° 504.

(19) F. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2004, p. 5, n° 1.

(20) F. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2004, p. 114, n° 206 ; J. CAEYMAEX et T. CAVENAILLE, *Manuel des sûretés mobilières*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 32, n° 21.

(21) Les travaux préparatoires parlent de figurent à effet réel (Proposition de loi portant insertion du livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, session 2019,

L'article 3.5 prévoit ensuite que, à l'inverse de la propriété, de la copropriété et des droits réels d'usage qui échappent au concours qui naît de l'insolvabilité de tiers, les sûretés réelles donnent un droit de préférence sur le prix de réalisation de leur assiette.

Les travaux préparatoires soulignent, en effet, que, si, au contraire des droits personnels (droits de créance), les droits réels protègent leurs titulaires contre l'insolvabilité des tiers, « L'effet technique de cette protection diffère cependant selon qu'il s'agit, d'une part, d'un droit de propriété ou d'un droit réel d'usage ou, d'autre part, d'une sûreté réelle »²⁵.

Le titulaire d'un droit de propriété ou d'un droit réel d'usage échappe, en effet, dans tous les cas, à la procédure d'insolvabilité du tiers. Ils sont des créanciers hors masse.

Les sûretés réelles font, quant à elles, « bel et bien partie de la masse qui naît du concours, mais échappent à l'égalité entre les créanciers (article 3.36, alinéa 2). Le titulaire de la créance qui en est garantie doit exercer sa créance, mais peut, dans cet exercice, prétendre à un droit de préférence sur le produit de réalisation du bien grevé »²⁶.

Le législateur entend ainsi insister tout particulièrement sur la distinction à opérer entre les sûretés réelles d'une part et les droits de propriété et droits réels d'usage d'autre part²⁷. Les effets des deux mécanismes sont en effet radicalement opposés en cas d'insolvabilité²⁸.

10. Les différents types de sûretés réelles visées par le livre 3 sur les biens. — L'article 3.3 indique explicitement en son alinéa 4 que « Les sûretés réelles, au sens de ce livre, sont les privilèges spéciaux, le gage, l'hypothèque et le droit de rétention ».

Cette énumération appelle plusieurs observations.

Tout d'abord, l'assimilation des notions de sûreté réelle et de privilèges doit être évitée. Dans la réforme, la notion de privilèges spéciaux est pourtant curieusement rattachée à celle de sûreté réelle (voy. *infra* n° 11).

La suppression prématurée²⁹ de la définition de « cause légitime de préférence » qui était contenue à l'article 9 LH crée une certaine insécurité juridique. Les dérogations au principe de l'égalité des créanciers, à défaut d'être épinglées par le législateur, demeurent sujettes à discussion notamment à l'égard des privilèges généraux.

Outre le fait qu'en vertu de l'article 3.3 du Code civil, ces privilèges ne constituent pas, contrairement aux privilèges spéciaux, des sûretés réelles, ils ne sont plus énumérés comme causes légitimes de préférence dérogeant au principe de l'égalité des créanciers (voy. *infra* n° 12).

Enfin, la clause de réserve de propriété dont le régime a pourtant été consacré par la loi du 11 juillet 2013 modifiant le Code civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières (ci-après « LSRM »), a été omise de la notion de sûreté réelle dans (voy. *infra* n° 13).

11. Les confusions opérées entre les notions de sûreté réelle et de privilège. Force est de constater l'absence de ligne de démarcation claire

n° 55, 0173/001, p. 16.

(22) Voy. F. GEORGE, « Compensation et insolvabilité.

« Questions choisies », in *Chronique de jurisprudence sur les causes d'extinction des obligations (2000-2013)*, Bruxelles, Formation permanente CUP, 2014, pp. 89-133 ; N. OUCHINSKY, « Chapitre 3 - La compensation », in *Traité de droit civil belge*, t. V, *Les sûretés, privilèges et hypothèques*, vol. 1, *Les garanties tangentielles*, coll. De Page, 1^{re} éd., Bruxelles, Bruylant, 2020, pp. 537-668.

(23) On rappellera que l'adage « Pas de privilège sans texte » signifie qu'« il n'existe de causes de préférence que si la loi les établit et dans la mesure où elle les établit » (F. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2004, p. 88, n° 157). Voy. aussi F. GEORGE, *Le droit des contrats à l'épreuve de la*

faillite. Essor ou déclin du principe de l'égalité des créanciers ?, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 119-126.

(24) Conformément à l'article 3.3, alinéa 3, du Code civil « Les droits réels d'usage sont les servitudes, le droit d'usufruit, le droit d'emphytéose et le droit de superficie ».

(25) *Doc. parl.*, Chambre, session 2019, n° 55, 0173/001, p. 19.

(26) *Ibidem*.

(27) L'on rangeait pourtant, avant la réforme, les sûretés réelles et les droits d'usage sous l'appellation unique de droits réels accessoires.

(28) *Doc. parl.*, Chambre, session 2019, n° 55, 0173/001, p. 16.

(29) Nous supposons qu'elle réapparaîtra lors de l'adoption du livre 7 (qui deviendra probablement le livre 9) du (nouveau) Code civil sur les sûretés.

entre la notion de sûreté réelle et de privilège. Une telle approche opère selon nous une certaine confusion des genres. Il convient en effet de ne pas occulter la nature particulière de chacune de ces causes légitimes de préférence.

Notons, tout d'abord, que la notion de sûreté englobe les *sûretés réelles* et les *sûretés personnelles*, et que ces dernières ne sont pas des causes légitimes de préférence, mais confèrent à leur titulaire un droit d'action sur le patrimoine d'un tiers.

La sûreté réelle au sens propre découle de l'affectation spéciale par une personne d'un bien de son patrimoine à la satisfaction du créancier qui en bénéficie³⁰. Cette affectation spéciale fait naître au profit du créancier titulaire de la sûreté « un droit réel de garantie »³¹. C'est ce droit réel de garantie qui confère au créancier le droit de préférence sur le prix qu'il revendiquera lors de la survenance d'un concours sur le patrimoine du débiteur³².

La sûreté réelle se démarque des autres causes légitimes de préférence par les caractéristiques qui lui sont propres³³. (i) Elle procède tout d'abord d'un échange de consentement entre celui qui la constitue et son bénéficiaire³⁴. (ii) La créance garantie ne doit pas être désignée par la loi comme donnant à son titulaire le droit d'être préféré aux autres créanciers. En principe, toute créance peut, en effet, être assortie d'une sûreté réelle³⁵. (iii) La convention qui constitue la sûreté doit être conclue dans le respect des formes prescrites par la loi pour sa validité et son opposabilité³⁶. (iv) Le droit réel que confère ce type particulier de sûreté produit des effets dès sa constitution³⁷. (v) Il offre à son titulaire des prérogatives, en dehors de toute situation de concours, en matière d'exécution de l'objet grevé. (vi) Le caractère réel de cette sûreté confère également à son titulaire un droit de suite³⁸, en vertu duquel celui-ci peut se faire payer sur la chose grevée même si elle sort du patrimoine du débiteur³⁹. (vii) La sûreté réelle peut être constituée sur un bien relevant d'un autre patrimoine que celui du débiteur⁴⁰.

D'autre part, le privilège est une notion beaucoup plus hétéroclite que la sûreté réelle. C'est son caractère polymorphe qui a fait écrire à H. De Page que « s'il est dans notre droit une matière dans laquelle il faille renoncer à tout essai de synthèse logique et rationnelle, c'est bien celle du privilège »⁴¹. Malgré ces considérations résignées de l'éminent auteur, il paraît essentiel de circonscrire la notion de privilège dans une théorie générale rigoureuse qui ne soit pas source d'équivoque⁴².

Le privilège est défini à l'article 12 LH comme « un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires ». On peut déduire, de cette définition légale et de la comparaison de cette notion avec la sûreté réelle, les caractéristiques particulières qui lui sont propres. (i) La source du privilège est nécessairement légale⁴³, ce qui exclut qu'il trouve sa source dans une convention⁴⁴. (ii) Le droit de préférence que le privilège confère à son titulaire ne procède que de la qualité de la créance à laquelle il est attaché, telle que l'a consacrée le législateur lorsqu'il a institué le privilège⁴⁵. (iii) Le privilège ne produit, en principe, pas d'effet entre le créancier privilégié et le débiteur avant la survenance d'un concours^{46,47}. (iv) Le privilège ne présentant pas un véritable caractère réel, il n'est, en principe, pas muni du droit de suite⁴⁸. (v) Le privilège grève nécessairement un bien du patrimoine du débiteur.

L'une des distinctions fondamentales de la sûreté réelle par rapport au privilège réside donc dans le fait que le privilège ne confère pas de véritable droit réel sur le bien désigné par la loi comme son assiette⁴⁹. Bien qu'il intègre les privilèges dans la notion de sûreté réelle, F. T'Kint reconnaît en effet que « la réunion du droit de préférence et du droit de suite confère à la sûreté toutes les prérogatives d'un droit réel, dans l'acceptation classique du terme »⁵⁰. À notre estime, en l'absence généralisée de droit de suite, le privilège — qui confère tout de même un droit de préférence — constitue davantage un droit personnel, en ce sens qu'il constitue une caractéristique de la créance qui en bénéficie⁵¹.

12. Le privilège : une notion floue. — La notion de privilège est cependant devenue, au fil du temps, pour reprendre les termes de H. De Page, « une notion disparate, obscure, et définitivement impénétrable »⁵². Certains privilèges spéciaux peuvent, à cet égard, épouser les traits d'une sûreté réelle. Le privilège du bailleur d'immeuble énoncé à l'article 20, 1^o, LH, produit ainsi des effets entre parties avant la survenance d'un concours (saisie-gagerie et saisie-revendication) et est doté d'un droit de suite⁵³. Les privilèges spéciaux immobiliers comportent également des similitudes avec les sûretés réelles, dès lors qu'ils peuvent être rendus opposables aux tiers avant la survenance d'un concours par leur inscription sur le registre de la publicité hypothécaire⁵⁴ et qu'ils confèrent un droit de suite à leurs titulaires⁵⁵. Ces privilèges diffèrent néanmoins de la sûreté réelle par le fait qu'ils ne sont pas constitués par convention⁵⁶, que leur opposabi-

(30) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VI, Bruxelles, Bruylant, 1942, p. 676, n^o 757 ; M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière sûretés réelles et privilèges*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 232, n^o 512.

(31) M. GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 74-75, n^{os} 136 et 137.

(32) M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière, sûretés réelles et privilèges*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 232-233, n^o 512.

(33) On notera que le droit de rétention érigé au rang de sûreté réelle par le législateur lors de la réforme de 2013 ne répond pas à toutes ces caractéristiques. Il aurait été plus judicieux de parler de cause légitime de préférence plutôt que de véritable sûreté réelle. Voy. sur le droit de rétention, N. OUCHINSKY, « Le droit de rétention », in M. GRÉGOIRE (dir.), *Les sûretés, privilèges et hypothèques*, vol. 1, *Les garanties tangentielles*, 1^{re} éd., Bruxelles, Bruylant, 2020, pp. 471-508.

(34) *Ibidem*, p. 233, n^o 513. Nous ne visons pas ici le cas particulier de l'hypothèque légale.

(35) *Ibidem*.

(36) *Ibidem*, pp. 233-234, n^{os} 514 et 516.

(37) *Ibidem*, pp. 233-234, n^{os} 515 et 516.

(38) *Ibidem*, pp. 233, n^o 515.

(39) F. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier,

2004, p. 111, n^o 200 ; M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière, sûretés réelles et privilèges*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 251-252, n^o 556 ; J. CAEYMAEX et T. CAVENAILE, *Manuel des sûretés mobilières*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 49, n^o 39.

(40) Le propriétaire du bien grevé est, dans ce cas, tenu *propter rem* (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VI, Bruxelles, Bruylant, 1942, p. 626, n^o 725 ; F. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2004, p. 19, n^o 15 ; M. GRÉGOIRE, *Procédures collectives d'insolvabilité*, 1^{re} édition, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 40, n^o 61). Voy. aussi C. STANDAERT, « Application des dispositions du Code civil en matière de cautionnement personnel au cautionnement réel : la Cour de cassation a-t-elle procédé à un revirement de sa jurisprudence ? », note sous Cass., 10 décembre 2020, D.B.F., à paraître.

(41) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VI, Bruxelles, Bruylant, 1942, p. 710, n^o 765.

(42) Voy. en ce sens également O. CREPLET, « Titre IV - Les privilèges - Chapitre 1^{er} - Notions fondamentales », in T. HÜRNER (coord.), *Manuel des sûretés et des privilèges*, Liège, Kluwer, 2019-2020, p. 319, n^o 368.

(43) On cite, à cet égard, traditionnellement l'adage « pas de privilège sans texte ».

(44) F. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2004, p. 115, n^o 207 ; M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière sûretés réelles et privilèges*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 229, n^o 505 ; G. VAN HAEGENBORGH et A. HIMST, « Commentaire art. 12 L. hyp. », in *Privilèges et hypothèques*, Malines, Kluwer, 2017, p. 15, n^o 8.

(45) M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière sûretés réelles et privilèges*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 229, n^o 505.

(46) M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière sûretés réelles et privilèges*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 230, n^o 509.

(47) Pour M. Grégoire, si le privilège a pour effet d'intensifier l'opposabilité aux tiers de la créance à laquelle il est attaché, il ne possède pas d'existence distincte de celle du « droit personnel réalisé ». L'auteur désigne cette notion en soulignant que c'est la « mise en œuvre du droit personnel par une poursuite sur un bien, plusieurs biens ou sur tout le patrimoine du débiteur, qui confère une opposabilité absolue aux droits personnels, à l'instar de celle que possèdent, par leur nature, les droits réels » (M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière sûretés réelles et privilèges*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 117, n^o 262).

(48) M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière sûretés réelles et privilèges*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 251-252, n^o 556. G. VAN HAEGENBORGH et A. HIMST,

« Commentaire art. 12 L. hyp. », in *Privilèges et hypothèques*, Malines, Kluwer, 2017, p. 21, n^o 16.

(49) M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière sûretés réelles et privilèges*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 229, n^o 505 ; G. VAN HAEGENBORGH et A. HIMST, « Commentaire art. 12 L. hyp. », in *Privilèges et hypothèques*, Malines, Kluwer, 2017, p. 21, n^o 16.

(50) F. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2004, p. 111, n^o 200.

(51) O. CREPLET, « Titre IV - Les privilèges - Chapitre 1^{er} - Notions fondamentales », in T. HÜRNER (coord.), *Manuel des sûretés et des privilèges*, Liège, Kluwer, 2019-2020, p. 335, n^o 393.

(52) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VI, Bruxelles, Bruylant, 1942, p. 710, n^o 765.

(53) M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière sûretés réelles et privilèges*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 231, n^o 510 ; G. VAN HAEGENBORGH et A. HIMST, « Commentaire art. 12 L. hyp. », in *Privilèges et hypothèques*, Malines, Kluwer, 2017, p. 13, n^o 18.

(54) Article 29 LH.

(55) M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière sûretés réelles et privilèges*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 232, n^o 511.

(56) Nous ne visons pas ici le cas particulier de l'hypothèque légale.

lité reste circonscrite aux rapports des créanciers entre eux⁵⁷ et qu'ils visent nécessairement des biens du patrimoine du débiteur.

Les privilèges spéciaux ne pourraient, par conséquent, être qualifiés autrement que de causes légitimes de préférence qui dérogent à l'égalité des créanciers sur la répartition du produit de réalisation de certains biens déterminés, ceux-ci ne conférant pas à leur titulaire les prérogatives fondamentales d'un droit réel⁵⁸.

Les auteurs du livre 3 du Code civil n'ont, manifestement, pas pris en considération les critères qui différencient fondamentalement le privilège spécial de la sûreté réelle. Il semble que le législateur ait, en réalité, été davantage soucieux d'appliquer de manière cohérente le principe de spécialité⁵⁹ (*infra* n° 13) plutôt que d'en appeler à la nature même des mécanismes en présence.

13. Le principe de spécialité et d'unité des droits réels : la nouvelle césure entre privilèges généraux et spéciaux. — Les principes de spécialité et d'unité des droits réels, déjà implicitement reconnus avant la réforme, sont érigés à l'article 3.8⁶⁰. Ce dernier s'inspire notamment de l'article 7 du titre XVII du livre III de l'ancien Code civil consacré au gage.

Conformément au principe de spécialité, « un droit réel peut uniquement porter sur des biens spécifiés »⁶¹. Les auteurs du livre 3 du Code civil en déduisent qu'« un droit réel ne peut dès lors jamais porter sur une valeur indéterminée, mais doit toujours être concrétisé dans des biens spécifiés »⁶². Il est, par ailleurs, admis que « Pour autant que les biens qui constituent l'universalité soient déterminés ou déterminables, l'universalité l'est également et le principe de spécialité est respecté »⁶³.

Quant au principe d'unité, il signifie que le droit réel peut uniquement porter sur des biens indépendants et non sur des composantes inhérentes de biens. Les travaux préparatoires soulignent ainsi qu'« Hormis dans les cas prévus dans la loi, aucun droit réel ne peut donc être constitué isolément sur le bien objet de l'accession, séparément du bien profitant de l'accession. Un certain nombre d'exceptions légales importantes s'appliquent évidemment à cet égard et permettent à une composante inhérente de devenir autonome »⁶⁴.

C'est ce premier principe de spécialité qui a dicté la césure réalisée dans le livre 3 entre les privilèges généraux et spéciaux⁶⁵. Si le législateur a entendu exclure les privilèges généraux — mais non les privilèges spéciaux — de la notion de sûreté réelle, c'est uniquement au motif qu'ils ne satisfont pas au principe de spécialité⁶⁶.

Cette inclusion des privilèges spéciaux dans la définition des sûretés réelles, bien qu'elle permette d'appliquer aux privilèges spéciaux des principes transversaux tels que la subrogation réelle, ne nous paraît pas justifiée dès lors qu'elle dénature la notion même de privilège.

Par ailleurs, on observera qu'à défaut de définition de la notion de cause légitime de préférence, la notion de privilèges généraux échappe désormais à toute classification. Aux yeux de la loi, elle n'est ni une sûreté réelle, ni, pour le moment du moins, une cause légitime de préférence. L'indigence de la loi est à cet égard fâcheuse.

14. Le cas particulier de la clause de réserve de propriété. — Le régime de la clause de réserve de propriété a été refondu à plusieurs reprises⁶⁷.

La dernière modification législative en date a marqué une étape importante. La LSRM a, en effet, érigé ce type particulier de clause au rang de véritable sûreté réelle, comme le confirme l'intitulé du titre XVII du livre III de l'ancien Code civil, dans lequel son régime figure désormais.

L'article 58, alinéa 2, du titre XVII du livre III de l'ancien Code civil confirme cette règle, dès lors qu'il traite du conflit de rang qui oppose le créancier réservataire et le gagiste plutôt que de placer le créancier réservataire en dehors de tout concours au regard de son droit de priorité.

La classification de la clause de réserve de propriété au rang des sûretés réelles a été accueillie favorablement par la doctrine⁶⁸, cette clause présentant toutes les caractéristiques propres aux sûretés réelles. La réforme consacrée par la LSRM avait, à cet égard, été élaborée suivant une approche fonctionnelle, c'est-à-dire dans une perspective « rationnelle et intégrée dans le cadre de laquelle des figures de sûreté analogues doivent avoir les mêmes effets juridiques, indépendamment de leurs différences conceptuelles »⁶⁹.

Les auteurs du livre 3 du Code civil semblent avoir complètement perdu de vue cette réforme fondamentale du droit des sûretés réelles mobilières. Le seul passage des travaux préparatoires qui fasse référence à la clause de réserve de propriété semble, ainsi, limiter les effets de cette sûreté réelle à ceux d'une simple clause susceptible de retarder l'action personnelle visant à obtenir l'exécution d'une obligation de *dare*⁷⁰.

Cet oubli particulièrement regrettable a pour conséquence que la clause de réserve de propriété ne figure pas dans la liste des sûretés réelles, telles qu'elles sont énumérées à l'article 3.3 du nouveau Code civil, et ce en contradiction avec ce qui est prévu dans le titre VII du livre III de l'ancien Code civil, actuellement toujours en vigueur.

4 Un nouveau nid à controverses ? Une inadéquation avec le livre XX du Code de droit économique (ci-après « CDE »)

15. Une notion propre au livre 3 ? — L'article 3.3, alinéa 4, du Code civil précise que les sûretés réelles qu'il désigne le sont « au sens du présent livre ». Les travaux préparatoires précisent, à cet égard, que « La notion de "sûretés réelles" » est interprétée de manière très diverse dans différentes branches du droit. C'est la raison pour laquelle il est précisé que l'énumération de droits réels porte uniquement sur les aspects de droit réel qui relèvent de ce livre. Il est évident qu'on ne touche pas à la signification autonome de ces notions dans d'autres législations »⁷¹.

On s'interroge légitimement sur l'utilité d'une définition spécifique au livre 3, lequel ne contient pas, en dehors des principes généraux⁷², de véritable régime spécifique applicable aux sûretés. Le régime juridique du droit des sûretés figure, en effet, dans le titre XVII du livre III de l'ancien Code civil qui devrait être remplacé par le futur livre 7 (renumé-

(57) M. GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 48, n° 77 et p. 75, n° 137 ; G. VAN HAEGENBORGH et A. HIMST, « Commentaire art. 12 L. hyp. », in *Privilèges et hypothèques*, Malines, Kluwer, 2017, p. 23, n° 25 ; O. CREPLET, « Titre IV - Les privilèges - Chapitre 1^{er} - Notions fondamentales », in T. HÜRNER (coord.), *Manuel des sûretés et des privilèges*, Liège, Kluwer, 2019-2020, p. 336, n° 393.

(58) A. WYLLEMAN et J. BAECK, *Goederenrecht*, 2021), Bruges, die Keure, la Charte, 2021, p. 167.

(59) A. WYLLEMAN et J. BAECK, *Goederenrecht*, 2021), Bruges, die Keure, la Charte, 2021, p. 167.

(60) « § 1^{er}. Nonobstant toute clause

contraire et sauf si la loi en dispose autrement, un droit réel a pour objet un bien déterminé ou un ensemble déterminé de biens. § 2. Une composante inhérente d'un bien est un élément nécessaire de ce bien qui ne peut en être séparé sans porter atteinte à la substance physique ou fonctionnelle de ce bien. Nonobstant toute clause contraire et sauf si la loi en dispose autrement, un droit réel ne peut pas être établi isolément sur une composante inhérente d'un bien, un droit réel sur un bien s'étend de plein droit à ses composantes inhérentes et tout acte de disposition relatif à un bien concerne de plein droit les composantes inhérentes de celui-ci ».

(61) *Doc. parl.*, Chambre, session 2019, n° 55, 0173/001, p. 25.

(62) *Doc. parl.*, Chambre, session 2019, n° 55, 0173/001, pp. 25-26.

(63) *Ibidem*.

(64) *Ibidem*.

(65) A. WYLLEMAN et J. BAECK, *Goederenrecht*, Bruges, die Keure, la Charte, 2021, p. 170.

(66) Voy. E. DIRIX et R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Malines, Kluwer, 2006, n° 236 cité dans les travaux préparatoires (*Doc. parl.*, Chambre, session 2019, n° 55, 0173/001, p. 16).

(67) Voy. F. GEORGE, *Le droit des contrats à l'épreuve de la faillite. Essor ou déclin du principe de l'égalité des créanciers ?*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 1016 et s.

(68) I. DURANT, « Rappel des principes, mise en contexte et modifica-

tions diverses apportées par la loi du 25 décembre 2016 », in *Les sûretés réelles mobilières*, CUP, vol. 176, Liège, Anthemis, 2017, p. 42, n° 22.

(69) *Doc. parl.*, Chambre, session 2012-2013, n° 53, 2464/001, p. 10.

(70) *Doc. parl.*, Chambre, session 2019, n° 55, 0173/001, p. 122. Voy aussi en ce sens A. WYLLEMAN et J. BAECK, *Goederenrecht*, Bruges, die Keure, la Charte, 2021, p. 168.

(71) *Doc. parl.*, Chambre, session 2019, n° 55, 0173/001, p. 16. On rappellera que ces travaux préparatoires ne présentent pas de caractère contraignant.

(72) Accessoriété, droit de préférence, subrogation réelle et spécialité (A. WYLLEMAN et J. BAECK, *Goederenrecht*, Bruges, die Keure, la Charte, 2021, p. 167).

roté vraisemblablement livre 9) du Code civil. Il n'existe aucune raison de conférer à la notion de sûreté réelle une portée différente selon que l'on se situe dans l'un ou l'autre des livres du même Code civil.

La sécurité juridique et la cohérence de notre droit civil s'opposent, au contraire, à la consécration de définitions variables de la notion de sûreté réelle.

Le risque de confusion est réel. De nombreux plaideurs seront vraisemblablement tentés d'appliquer la nouvelle notion de sûreté réelle issue du livre 3, non seulement à l'ensemble du Code civil, mais également aux autres corps de règles.

16. Le retour des créanciers privilégiés spéciaux dans la définition des créanciers sursitaires extraordinaires ? — Que vise la notion de sûreté réelle en droit de l'insolvabilité des entreprises ?

La question de la qualification du privilège spécial en sûreté réelle n'est pas une simple question de vocabulaire dénuée d'implications pratiques⁷³. En effet, contrairement à ce qui était prévu à l'article 2, d), de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises (ci-après « LCE »), qui classait au rang des créanciers sursitaires extraordinaires les créanciers titulaires d'une sûreté réelle et les créanciers titulaires d'un privilège spécial, l'actuel article 1.22, 14^o, CDE n'inclut pas expressément ces derniers dans la notion de créancier sursitaire extraordinaire.

Lors des travaux préparatoires de la LCE certains intervenants, imprégnés de l'amalgame fréquemment opéré entre privilège spécial et sûreté réelle⁷⁴, s'étaient interrogés sur la raison pour laquelle le texte en projet énonçait, dans la définition de créance sursitaire extraordinaire, le privilège spécial en tant que tel à côté de la sûreté réelle⁷⁵.

La doctrine a ensuite très largement déduit, de la disparition de la référence au privilège spécial dans la définition de la créance sursitaire extraordinaire applicable au livre XX du CDE, son exclusion du champ d'application de cette notion⁷⁶. Dans un premier commentaire du livre XX du CDE, l'un des soussignés s'était cependant interrogé sur la question de savoir si l'omission de la référence au privilège spécial dans la définition de la créance sursitaire extraordinaire procédait d'un choix délibéré du législateur⁷⁷. D'aucuns ont d'emblée plaidé dans le sens du choix d'une interprétation stricte de la notion⁷⁸.

L'analyse de l'évolution de la terminologie utilisée par les auteurs de la LCE et du livre XX du CDE ne permet cependant pas d'être aussi affirmatif⁷⁹. En effet, dans sa première mouture, l'article 2, d), de la LCE définissait les créances sursitaires extraordinaires comme celles « garanties par une sûreté réelle ou un privilège spécial et les créances des créanciers-proprétaires »⁸⁰. Les auteurs de la loi établissaient à ce sujet une différence nette entre la notion de sûreté réelle et de privilège spécial, en soulignant que les créances sursitaires extraordinaires « sont les créances garanties par une sûreté réelle, c'est-à-dire un gage ou une hypothèque, ou bénéficient d'une garantie donnée par la rétention du droit de propriété ou par le biais d'un privilège spécial »⁸¹. Le texte de cette disposition a ensuite été modifié pour désigner au titre de créances sursitaires extraordinaires « les créances sursitaires garanties par un privilège spécial ou une hypothèque et les créances des créanciers-proprétaires »⁸². L'auteur de cet amendement justifiait la modification suggérée en soulignant « qu'un privilège spécial est une sûreté réelle »⁸³. Cet amendement n'a pas suscité beaucoup de discus-

sions avant d'être adopté, I. Verougstraete ayant répondu en commission parlementaire que « si cela prête à confusion, l'intervenant ne voit pas d'inconvénient à supprimer éventuellement la notion de "sûreté réelle" dans l'article 2, d). L'on vise en effet tous les éléments qui sont garantis par un privilège spécial »⁸⁴.

On s'étonne, dès lors, de l'absence de toute explication sur l'omission de la référence expresse aux créances garanties par un privilège spécial dans la définition actuelle des créances sursitaires extraordinaires. Doit-on en déduire que ces créances ont été exclues de cette définition ou, au contraire, qu'elles font partie de celles garanties par une sûreté réelle ?

Pour répondre à cette question il nous faut faire un détour par l'analyse des débats auxquels a donné lieu l'élaboration de la loi sur les sûretés réelles mobilières (LSRM) (*infra* n° 17).

17. Des hésitations semblables lors de l'adoption de la LSRM. —

On retrouve, en effet, le même type de confusion conceptuelle dans les travaux préparatoires de la LSRM. Un intervenant avait déposé plusieurs amendements tendant à ajouter, dans une série de dispositions, la référence au « gage » à côté du « privilège spécial ». Il était ainsi notamment question d'insérer dans l'article 26, alinéa 3, de la loi du 8 août 1997 sur les faillites (ci-après « LF »), les mots « ou le créancier gagiste » entre les mots « bénéficiant d'un privilège spécial » et les mots « , ordonner la suspension ». L'auteur de cet amendement le justifiait par le fait qu'en raison de l'abrogation de l'article l'article 20, 3^o, de la LH, « le créancier gagiste n'a plus besoin de privilège, dès lors que son gage est reconnu comme un droit réel. L'article 26 de la loi sur les faillites ne vise cependant que les créanciers privilégiés. Les créanciers gagistes se trouvent donc exclus du champ d'application de cet article »⁸⁵. Ces amendements n'ont cependant pas été adoptés, le ministre ayant relevé qu'« Il est évident que le gage est aussi un privilège. En effet, il correspond à la définition du privilège que donne l'article 12 de la loi hypothécaire : un droit donnant la priorité par rapport aux autres créanciers. Cependant, le gage est bien plus qu'un simple privilège »⁸⁶. Le gage était ainsi assimilé à un privilège, tout en étant considéré comme « bien plus qu'un simple privilège ».

Dans sa première mouture, l'article 1^{er} de la LSRM disposait, en outre, que « Le gage confère au créancier gagiste le droit d'être payé sur les biens qui en font l'objet, par préférence aux autres créanciers ». Avant son entrée en vigueur, la LSRM a fait l'objet de modifications par une loi du 25 décembre 2016, qui a ajouté notamment un alinéa 2 à cet article, en précisant que « Ce droit de préférence a la valeur d'un privilège tel que visé à l'article 12 de la loi hypothécaire ». La justification de cette précision est qualifiée, dans les travaux parlementaires, « d'ordre théorique »⁸⁷, ceux-ci précisant que « Le gage est — comme l'est d'ailleurs l'hypothèque — plus qu'un simple privilège. Il confère en effet également d'autres droits. De nombreuses autres dispositions légales mentionnent toutefois des créanciers "privilégiés". Conformément à l'ancien article 20, 3^o, de la loi hypothécaire, cela englobait naturellement toujours les créanciers gagistes. Tel est le cas actuellement puisque le gage octroie au créancier un droit préférentiel analogue à un privilège et que ce droit répond à la notion de "privilège" telle qu'elle est définie à l'article 12 de la loi hypothécaire. L'ajout à l'article 1^{er} vise à dissiper tout doute à cet égard. Ainsi, il convient, à

(73) *Contra* O. CREPLET, « Titre IV - Les privilèges - Chapitre 1^{er} - Notions fondamentales », in T. HÜRNER (coord.), *Manuel des sûretés et des privilèges*, Liège, Kluwer, 2019-2020, p. 336, n° 393.

(74) *Voy. supra*.

(75) *Doc. parl.*, Sénat, n° 4-995/3, pp. 13 et 20.

(76) Z. PLETINCKX, « Réforme du droit de l'insolvabilité : le nouveau livre XX du Code de droit économique », *J.T.*, 2018, pp. 473-474, n° 35 ; N. OUCHINSKY, « Analyse des nouveaux moyens d'action des créanciers dans le cadre d'une procédure de réorganisation judiciaire - Questions choisies », *Le nouveau droit de l'insolvabilité*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 77, n° 25 ; C. ALTER et Z. PLETINCKX, *In-*

solvabilité des entreprises - Dépistage, mesures préventives et procédures de réorganisation judiciaire, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 160-161, n° 133 ; I. VEROUGSTRÆTE, *Manuel de l'insolvabilité de l'entreprise*, Liège, Kluwer, 2019, p. 25, n° 22 ; M. VANMEENEN et S. JACMAIN, « La procédure de réorganisation judiciaire : something old, something new, something borrowed, something blue », *R.D.C.*, 2018, pp. 238-239, n° 4. *Contra* A. ZENNER, *Traité du droit de l'insolvabilité*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 341-343, n° 442 ; F. DE LEO, « Definiëring (buiten)gewone schuldverdering in de opschorting (of hoe het heden het verleden is) », *R.D.C.*, 2019, p. 1220-1222, n° 17.

(77) N. OUCHINSKY, « Analyse des

nouveaux moyens d'action des créanciers dans le cadre d'une procédure de réorganisation judiciaire - Questions choisies », *Le nouveau droit de l'insolvabilité*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 77, n° 25.

(78) *Voy. M. VANMEENEN et S. JACMAIN*, qui affirmaient qu'« il est pour nous certain que le législateur a opté pour l'interprétation stricte de cette notion » (M. VANMEENEN et S. JACMAIN, « La procédure de réorganisation judiciaire : something old, something new, something borrowed, something blue », *R.D.C.*, 2018, p. 239, n° 4).

(79) A. ZENNER, *Traité du droit de l'insolvabilité*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 341-343, n° 442 ; F. DE LEO, « Definiëring (buiten)gewone schuldverdering in de opschorting

(of hoe het heden het verleden is) », *R.D.C.*, 2019, p. 1220-1222, n° 17.

(80) *Doc. parl.*, Chambre, session 2007, n° 52, 0160/001, p. 40.

(81) *Doc. parl.*, Chambre, session 2007, n° 52, 0160/001, p. 9.

(82) *Doc. parl.*, Sénat, n° 4-995/2, p. 15.

(83) *Doc. parl.*, Sénat, n° 4-995/3, p. 20.

(84) *Doc. parl.*, Sénat, n° 4-995/3, p. 21.

(85) *Doc. parl.*, Sénat, n° 5-1922/2, pp. 8-9.

(86) *Doc. parl.*, Sénat, n° 5-1922/4, p. 22.

(87) *Doc. parl.*, Chambre, session 2016-2017, n° 54, 2138/001, p. 6.

titre d'exemple, de tenir également compte des gages dans l'article 19 de la loi sur les faillites, dans laquelle il est question de "droits d'hypothèque et de privilège", et à l'article 1627 du Code judiciaire, d'entendre par "créanciers bénéficiant d'un privilège" également les créanciers gagistes. Il en va de même, à titre d'exemple, en ce qui concerne les articles 1278 et 1692 du Code civil, où l'on trouve également la notion de "privilèges"⁸⁸. L'objectif de cette assimilation « théorique » des effets du gage à ceux d'un privilège était donc notamment d'étendre au gage les effets de dispositions de la LF faisant uniquement référence aux privilèges.

Les travaux préparatoires de la LSRM révèlent, par conséquent, une volonté maladroite d'étendre aux sûretés réelles mobilières les effets réservés par certaines lois particulières aux privilèges spéciaux, sans assimiler ces deux notions.

18. Les difficultés d'application en droit d'insolvabilité des entreprises. — Les développements qui précèdent démontrent la difficulté pour le législateur de différencier les notions de privilège spécial et de sûreté réelle, certains considérant que ces deux notions se distinguent l'une de l'autre, tandis que d'autres les réunissent sous la même appellation de « sûreté réelle ».

En l'absence de positionnement clair du législateur sur la définition de sûreté réelle, le tribunal de l'entreprise d'Anvers a ainsi considéré, dans un jugement du 1^{er} mars 2019, que les créances garanties par un privilège spécial sont des créances garanties par une sûreté réelle et, par conséquent, des créances sursitaires extraordinaires⁸⁹. Il semble cependant s'agir d'une décision isolée, la pratique ayant très largement exclu les créanciers privilégiés de la notion de créances sursitaires extraordinaires, depuis l'entrée en vigueur du livre XX du CDE.

L'omission des créances garanties par un privilège spécial de la définition des créances sursitaires extraordinaires soulève, du strict point de vue du droit des sûretés, la question de l'opportunité de mettre sur le même pied, dans le cadre d'une procédure de réorganisation judiciaire, les créanciers nantis d'une sûreté réelle et les créanciers titulaires d'un privilège spécial.

Il résulte des principes rappelés ci-avant⁹⁰ que la notion de « privilège » n'a, en principe, vocation à produire ses effets sur l'assiette de la créance garantie qu'à la naissance d'un concours, tel qu'une faillite ou une liquidation⁹¹. Avant la naissance d'un concours, seules les sûretés réelles sont susceptibles de sortir des effets, leur titulaire pouvant notamment, nonobstant l'absence de concours, prendre des mesures conservatoires pour en préserver l'assiette.

Un privilège ne peut, par conséquent, produire d'effet lors du dépôt d'une requête en réorganisation judiciaire ou de l'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire, qui n'emportent pas les conséquences caractéristiques d'un concours⁹². M. Grégoire souligne, à cet égard, que « la recherche accrue de prévisibilité et de transparence patrimoniale conduit à préférer que les créanciers prennent soin de leurs propres intérêts grâce à la constitution et l'opposabilité d'une sûreté enregistrée ou inscrite, plutôt que d'attendre passivement la survenance d'un concours et prétendre y exercer une position privilégiée par le seul jeu de la loi »⁹³.

Le législateur a-t-il voulu inclure, dans le droit de l'insolvabilité, la notion de privilège spécial dans celle de sûreté réelle ? Même si nous regrettons le manque de prise de position claire par les auteurs du livre XX du CDE sur la distinction qu'il convient d'opérer entre ces deux notions, une lecture attentive du texte ne permet raisonnablement pas de les confondre.

Il ressort, en effet, du libellé de l'article XX.41, § 2, 7^o, du CDE, qui invite le débiteur à annexer à sa requête en réorganisation judiciaire « une liste complète des créanciers sursitaires reconnus ou se prétendant tels, avec mention de leur nom, de leur adresse et du montant de leur créance », que celle-ci doit porter « mention spécifique de la qualité de créancier sursitaire extraordinaire et du bien grevé d'une sûreté réelle mobilière ou d'une hypothèque ou propriété de ce créancier »⁹⁴. L'omission du terme privilège spécial et la référence expresse aux sûretés réelles mobilières implique que le législateur a manifestement visé uniquement celles énoncées par la LSRM⁹⁵.

En outre, l'article 26 de la LF, dont il a été relevé ci-avant qu'il a suscité plusieurs discussions sur l'adaptation de la LSRM pour y inclure expressément les créances garanties par un gage, a été transposé dans l'actuel article XX.121 du CDE, qui prévoit que « Toutes voies d'exécution, pour parvenir au paiement des créances garanties par une sûreté mobilière ou un privilège spécial sur les meubles dépendant de la faillite, seront suspendues jusqu'au dépôt du premier procès-verbal de vérification des créances, sans préjudice de toute mesure conservatoire et du droit qui serait acquis au propriétaire des lieux loués d'en reprendre possession ». Cette disposition fait, cette fois, expressément référence aux deux notions de *sûreté mobilière* et de *privilège spécial sur meuble*, ce qui ne laisse aucun doute quant au fait que le législateur a bien pris en compte la différence conceptuelle qui distingue ces deux notions.

19. Conclusion. — Certes, le droit des sûretés pêche par un manque criant d'uniformisation et de classification claire. Le livre 3 devait-il toutefois aller jusqu'à s'emparer de questions aussi délicates et empiéter sur ce qui constituera vraisemblablement le livre 9 du nouveau Code civil consacré au droit des sûretés ?

Au terme de notre analyse, la réponse à apporter nous paraît négative tant les ramifications du droit des sûretés sont légion. Celui-ci se situe en effet à la croisée des chemins entre le droit des biens, le droit des obligations et le droit de l'insolvabilité. Une telle incursion dans le droit des sûretés aurait à notre estime justifié une véritable analyse d'impact et de nombreuses discussions croisées.

L'adoption d'une nouvelle définition du concept de « sûreté réelle », qui s'écarte de celle employée dans d'autres *corpus* de règles, pose de véritables problèmes de sécurité juridique. La suppression de l'énumération des causes légitimes de préférence ne vient qu'accroître cette insécurité.

Force est toutefois de reconnaître que le processus d'adoption du nouveau Code civil n'est pas étranger aux reproches que l'on peut formuler à l'endroit du livre 3.

Les commissions, vu l'ampleur de la mission confiée et la chronologie du processus dictée principalement par des considérations politiques, ont été contraintes d'évoluer en vase clos au gré d'échéances distinctes et éloignées dans le temps.

L'articulation des réformes entre elles nécessitera sans conteste des adaptations. On ose espérer que la présente contribution œuvrera en ce sens et permettra de clarifier certaines zones d'ombres.

Au-delà de développements attendus sur l'exécution du gage et la rationalisation des privilèges⁹⁶, nous formons le vœu que le réformateur du livre 9 se montre sensible à ces préoccupations.

Il importe en effet de conférer aux différents concepts clés du droit des sûretés une portée uniforme. À cet égard, la notion de causes légitimes de préférence pourrait connaître un regain d'intérêt dès lors qu'elle permettrait d'éviter une utilisation à mauvais escient de la notion de

(88) *Doc. parl.*, Chambre, session 2016-2017, n° 54, 2138/001, pp. 6-7.

(89) Entr. Anvers, div. Anvers, 1^{er} mars 2019, *R.D.C.*, 2019/10, p. 1281.

(90) *Voy. supra* n° 11.

(91) M. GRÉGOIRE, *Procédures collectives d'insolvabilité*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 35, n° 50.

(92) A. ZENNER, J.-P. P. LEBEAU et C. ALTER, *La loi relative à la continuité des entreprises à l'épreuve de sa première pratique*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 143-145, n° 104 ;

I. VEROUGSTRATE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010, p. 159, n° 2.5.2.3 ; S. BRIJS, « De rechten van de schuldeisers », in *Continuiteit van de ondernemingen*, Herentals, Kraps Publishing, 2010, p. 130, n° 51 ; N. OUCHINSKY, « Analyse des droits d'actions des créanciers pour sauvegarder leurs intérêts dans le cadre d'une procédure de réorganisation judiciaire » in *Actualité de la continuité, continuité de l'actualité*, Bruxelles, Larcier, p. 261 ; M. GRÉGOIRE, « Lecture conjointe des

réformes relatives aux sûretés réelles mobilières et aux procédures collectives d'insolvabilité », in *Le nouveau livre XX du Code de droit économique consacré à l'insolvabilité des entreprises*, 1^{re} éd., Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 71, n° 6.

(93) M. GRÉGOIRE, « Lecture conjointe des réformes relatives aux sûretés réelles mobilières et aux procédures collectives d'insolvabilité », in *Le nouveau livre XX du Code de droit économique consacré à l'insolvabilité des entreprises*, 1^{re} éd., Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 71,

n° 6.

(94) Nous soulignons.

(95) *Voy.* en ce sens également M. VANMEENEN et S. JACMAIN, « La procédure de réorganisation judiciaire : something old, something new, something borrowed, something blue », *R.D.C.*, 2018, p. 239, n° 18.

(96) A. WYLLEMAN et J. BAECK, *Goe-derenrecht* (ed. 2021), Bruges, die Keure, la Charte, 2021, p. 171.

sûreté réelle. Les causes légitimes de préférence engloberaient tant les sûretés réelles que le droit de rétention ainsi que les privilèges généraux et spéciaux.

La notion de sûreté réelle serait également bien distinguée de celle de privilège, quitte à préciser que certains principes tels que la subrogation réelle ou encore l'existence d'un droit de suite assortissent spécifiquement d'autres figures que les sûretés réelles, comme par exemple, certains privilèges spéciaux.

Cette réforme n'est-elle pas l'occasion aussi de consacrer un régime légal cohérent à des concepts laissés trop longtemps aux mains des conceptions doctrinales et jurisprudentielles ? On songe notamment

aux notions de créance de la masse, de caution réelle⁹⁷ ou de compensation de créances connexes. La balle est dans le camp du législateur.

Florence GEORGE

Chargée de cours à l'UNamur
Chargée de cours invitée à l'UCLouvain
Avocate au barreau de Liège-Huy

Nicholas OUCHINSKY

Assistant à l'ULB
Avocat au barreau de Bruxelles

(97) Voy. sur cette question C. STANDAERT, note sous Cass., 10 décembre 2020, RG

n° C.19.0336.F, « Application des dispositions de l'ancien Code civil en matière de cautionnement personnel

au cautionnement réel : la Cour de cassation a-t-elle procédé à un revirement de sa jurisprudence ? », *D.B.F.*,

à paraître.

Jurisprudence

ABUS DE DROIT

- Balance des intérêts
- Intérêts privés en présence (oui)
- Intérêt collectif distinct (non)

Cass. (1^{re} ch.), 22 octobre 2021

Siég. : Ch. Storck (prés.) M. Lemal (prés. sect.), S. Geubel, A. Jacquemin, et M. Marchandise (rapp.).

Min. publ. : Th. Werquin (av. gén.).

Plaid. : M^e M. Grégoire.

L'abus de droit consiste à exercer un droit d'une manière qui excède manifestement les limites de l'exercice normal de ce droit par une personne prudente et diligente.

Tel est le cas spécialement lorsque le préjudice causé est sans proportion avec l'avantage recherché ou obtenu par le titulaire du droit. Dans l'appréciation des intérêts en présence, le juge doit tenir compte de toutes les circonstances de la cause.

Lorsqu'une personne privée invoque un droit à l'encontre d'une autre personne privée, le juge ne peut apprécier la proportionnalité de l'exercice qu'elle fait de ce droit à l'aune d'un intérêt collectif distinct de leurs intérêts respectifs.

I. La procédure devant la Cour.

Le pourvoi en cassation est dirigé contre le jugement rendu le 30 octobre 2018 par le tribunal de première instance de Liège, statuant en degré d'appel.

Le conseiller Maxime Marchandise a fait rapport.

L'avocat général Thierry Werquin a conclu.

II. Le moyen de cassation.

Dans la requête en cassation, jointe au présent arrêt en copie certifiée conforme, les demandeurs présentent un moyen.

III. La décision de la Cour.

Sur le moyen.

Quant à la première branche.

L'abus de droit consiste à exercer un droit d'une manière qui excède manifestement les limites de l'exercice normal de ce droit par une personne prudente et diligente.

Tel est le cas spécialement lorsque le préjudice causé est sans proportion avec l'avantage recherché ou obtenu par le titulaire du droit. Dans l'appréciation des intérêts en présence, le juge doit tenir compte de toutes les circonstances de la cause.

Lorsqu'une personne privée invoque un droit à l'encontre d'une autre personne privée, le juge ne peut apprécier la proportionnalité de l'exercice qu'elle fait de ce droit à l'aune d'un intérêt collectif distinct de leurs intérêts respectifs.

En considérant que la balance des intérêts entre les demandeurs et les défendeurs « ne devrait pas faire de doute : le plaisir [des défendeurs] se réalise [...] au prix de désagréments réels causés chez [les demandeurs] » et que « l'étonnement de [ces derniers] que l'on puisse considérer comme abusif le fait d'avoir simplement demandé à pouvoir jouir normalement de leur bien est largement compréhensible », le jugement attaqué donne à connaître que, au regard des rapports entre les demandeurs et les défendeurs, les premiers ne font pas un usage abusif du droit qu'ils tirent de l'article 37, alinéa 1^{er}, du Code rural.

Il n'a pu, sans méconnaître le principe général du droit selon lequel nul ne peut abuser de son droit, ajouter que, « cependant, l'examen de proportionnalité auquel la théorie de l'abus de droit astreint le tribunal ne peut, dans l'état actuel des relations sociales, se satisfaire d'une simple balance entre les intérêts privés opposés mais doit aussi intégrer les conséquences humaines, environnementales et sociales, en d'autres mots les dimensions collectives, de l'usage du droit en cause », que « le parc [dans lequel se situe la propriété des demandeurs] constitue, même s'il est privatisé [...], un vaste espace vert en plein centre de l'agglomération ... », que, « dès lors que [...] la taille des arbres litigieux entraînera nécessairement leur dépérissement, faire droit à la demande entraînerait de porter atteinte à ce vaste ensemble au niveau tant esthétique qu'environnemental » et que « l'atteinte à cet intérêt collectif est disproportionnée à l'avantage tiré par [les demandeurs] de l'exercice de leur droit », de sorte que la demande est abusive.

Le moyen, en cette branche, est fondé.

Et il n'y a pas lieu d'examiner la seconde branche du moyen, qui ne saurait entraîner une cassation plus étendue.

Par ces motifs :

La Cour,

[...]

Casse le jugement attaqué, sauf en ce qu'il dit l'appel incident non fondé ;

Ordonne que mention du présent arrêt sera faite en marge du jugement partiellement cassé ;

Réserve les dépens pour qu'il soit statué sur ceux-ci par le juge du fond ;

Renvoie la cause, ainsi limitée, devant le tribunal de première instance du Luxembourg, siégeant en degré d'appel.