

Doctrines

La compensation en cas d'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire, par F. George 277

La nouvelle réglementation européenne des marchés publics est publiée au *Journal officiel de l'Union européenne*, par E. van Nuffel 283

Jurisprudence

■ Office du juge - Requalification de la demande - Droits de la défense - Respect Cass., 1^{re} ch., 27 septembre 2013 285

■ Courtaige - Rémunération de l'agent immobilier - Interprétation suivant les usages Liège, 3^e ch. B, 3 février 2014 285

■ Liquidation-partage - Notaire-conseil d'une des parties - Impartialité - Doute raisonnable et objectivement justifiable Bruxelles, 7^e ch., 14 janvier 2014 287

Chronique

Le *Journal des tribunaux* : un journal pour tous? - Échos - Colloques - Université - Bibliographie - Dates retenues.

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



Journal des tribunaux

http://jt.larcier.be
26 avril 2014 - 133^e année
16 - N° 6560
Georges-Albert Dal, rédacteur en chef

Doctrines

La compensation en cas d'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire

Le régime de la compensation ne cesse de se complexifier. Le risque est grand, pour le praticien, de se perdre dans un dédale de développements législatifs et jurisprudentiels. Retrouver son chemin aboutit, en matière de réorganisation judiciaire, à la découverte d'un paradoxe peu favorable aux débiteurs en difficulté...

1 Brefs rappels

1. Définition et fonctions de la compensation¹. — Le mécanisme de la compensation est régi par les articles 1289 à 1299 du Code civil. La compensation se définit comme « le mode d'extinction de deux obligations en sens contraires existant réciproquement entre deux personnes, agissant en la même qualité, à concurrence de la dette la moins élevée, pour autant que soient réunies les conditions énoncées par le Code civil »².

On attribue généralement à la compensation une double fonction³. D'une part, elle simplifie les paiements puisqu'elle opère un double paiement abrégé qui se traduit par l'extinction de la créance la moins élevée⁴. D'autre part, elle joue, sur fond d'équité, un rôle de garantie⁵. C'est exclusivement ce second avantage, dans le contexte de l'application de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises, qui retiendra notre attention.

2. Types de compensation. — La compensation se décline sous trois formes : elle peut être légale, conventionnelle ou judiciaire.

La première a lieu de plein droit, par l'effet de la loi, lors de la réunion de conditions cumulatives⁶. Cette compensation légale implique deux créances dans le commerce et saisissables, qui sont réciproques, entre deux personnes agissant en même qualité; ces créances doivent être fongibles, liquides et exigibles⁷.

(1) Voy. M. FORGES et S. MENSCHAERT, « Compensation », in X, *Obligations - Traité théorique et pratique*, Bruxelles, Kluwer, 2008, p. V.2.2-2; R. STEENNOT, « Schuldvergelijking », in X, *Bijzondere overeenkomsten - Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Malines, Kluwer, 2012, pp. 1-22; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge (De Page)*, t. 2, *Les obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 2235 et s.

(2) P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge, op. cit.*, p. 2235. Voy. également H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, III, Bruxelles, Bruylant, 1967, p. 613, n° 615; R. HOUBEN, A.-S. VANKEMMELBEKE et D. VAN WAES, « Compensatieclausules », in X, *Contractuele clausules - Gemeenrechtelijke clausules* (vol. II), Anvers, Intersentia, 2013, p. 1147.

(3) H. DE PAGE, *op. cit.*, p. 616, n° 617; M.-E. STORME, « Schuldvergelijking en insolventie », in X, *Insolventie en beslagrecht*, Bruges, die Keure, 2009-2010, p. 23; R. HOUBEN, « Schuldvergelijking », *R.W.*, 2010-2011, p. 1370; J. WINDEY, « Les mécanismes de garantie issus de la pratique : les grands traits de leur évolution depuis 1992 », in X, *Réalités et fictions du droit des garanties - Hommage à la rigueur créative d'Anne-Marie Stranart*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 519.

(4) H. DE PAGE, *op. cit.*, p. 616, n° 617; M. FORGES et S. MENSCHAERT, *op. cit.*, p. V.2.2-2; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge, op. cit.*, pp. 2235-2236.

(5) H. DE PAGE, *op. cit.*, p. 616, n° 617; M. FORGES, S. MENSCHAERT, *op. cit.*, p. V.2.2-3.

(6) J. ROODHOOF, « Compensation », in *Obligations - Commentaire pratique*, Kluwer, suppl. 3, janvier 2002, p. V.3-12, n° 4332; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge, op. cit.*, p. 2239. Voy. pour une reformulation des conditions, R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Anvers, Intersentia, 2010, 595p.; R. HOUBEN, « Schuldvergelijking », *op. cit.*, pp. 1370-1383.

(7) H. DE PAGE, *op. cit.*, 1967, pp. 629 et s.; M. FORGES et S. MENSCHAERT, *op. cit.*, p. V.2.2-6 et s.; J. WINDEY, « Les mécanismes de garantie issus de la pratique : les grands traits de leur évolution depuis 1992 », *op. cit.*, pp. 519 et s.; R. HOUBEN, A.-S. VANKEMMELBEKE et D. VAN WAES, *op. cit.*, pp. 1149 et s. Certains auteurs préfèrent parler de créances fongibles, exigibles et qui doivent exister et être certaines (M. FORGES et S. MENSCHAERT, *op. cit.*, p. V.2.2-8; J. ROODHOOF, *op. cit.*, p. V.3-14).

PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT
Pierre Marchal

Cet ouvrage analyse les normes de droit positif reconnues comme sources de droit tant par nos cours suprêmes que par les juridictions supranationales, et que l'on désigne par l'expression « principes généraux du droit ».

320 p. • 86,00 € • Édition 2014

SOCIÉTÉ EN NOM COLLECTIF - SOCIÉTÉS EN COMMANDITE
SNC, SCS et SCA
Valérie Simonart

Cet ouvrage analyse de manière approfondie les caractéristiques des sociétés en nom collectif et des sociétés en commandite simple et par actions, les fins auxquelles elles peuvent être utilisées ainsi que leurs avantages et inconvénients respectifs.

220 p. • 81,00 € • Édition 2014

> Collection : Répertoire pratique du droit belge

Ouvrages disponibles en version électronique sur www.stradalex.com

commande@larciergroup.com
c/o Larcier Distribution Services sprl
Fond Jean Pâques, 4 b
1348 Louvain-la-Neuve - Belgique
Tél. 0800/39 067 - Fax 0800/39 068

La deuxième est prévue contractuellement par les parties⁸. Elle n'exige pas la réunion des conditions de liquidité, de fongibilité et d'exigibilité (voire de réciprocité) fixées par la loi⁹.

Enfin, la troisième, la compensation judiciaire, relève d'une décision du juge¹⁰. Ce dernier peut par exemple remédier à l'absence de liquidité de la créance tandis que la réunion des autres conditions reste requise¹¹.

3. Évolution législative. — La compensation, initialement régie presque exclusivement par le Code civil, a fait l'objet d'importantes modifications législatives. On peut épingler, entre autres, la loi sur les sûretés financières du 15 décembre 2004¹², de même que la loi-programme du 27 décembre 2004¹³ et, plus récemment, celle du 26 septembre 2011¹⁴ qui ont profondément redessiné le paysage de la compensation.

4. Plan. — La loi du 26 septembre 2011 a modifié, d'une part, la loi sur les sûretés financières, et d'autre part, la loi relative à la continuité des entreprises : le régime de la compensation se complexifie encore davantage. Malgré l'importance des modifications intervenues, les commentaires doctrinaux sont restés rares au sud du pays. Partant, il nous a paru opportun de clarifier la situation tout en soulignant le paradoxe auquel aboutit l'articulation des différents régimes actuels en cas de procédure de réorganisation judiciaire.

Nous traiterons, dans un premier temps (2), du sort à réserver à la compensation lors de la survenance d'une situation de concours. L'interdiction de compensation, ou plus exactement « la limitation », qui figure à l'article 1298 du Code civil (A) est tempérée par plusieurs exceptions (B) sur lesquelles nous reviendrons successivement. Ce bref rappel offrira au lecteur la clé de lecture nécessaire à la compréhension de la suite de notre contribution.

Dans un second temps (3), nous aborderons le régime de la compensation dans le cadre de la loi relative à la continuité des entreprises. Les règles applicables sous l'empire du concordat seront évoquées à titre liminaire (A). Le sort de la compensation légale (B) et de la compensation conventionnelle (C) lors d'une procédure en réorganisation judiciaire constituera ensuite le cœur de notre propos. Le régime applicable ne manquera pas de susciter de vives réactions au vu de sa contradiction avec la *ratio legis*.

2 La compensation lors de la survenance d'une situation de concours

A. L'article 1298 du Code civil : un obstacle à la compensation après concours

5. Fonction de garantie et droit de préférence. — La compensation confère en quelque sorte à chacune des parties « un moyen très éner-

gique d'exécution de sa créance, le refus de paiement de sa propre dette »¹⁵. Cet avantage pratique considérable relève de la fonction de garantie, de la compensation fondée sur l'équité.

Ce rôle de garantie se mue, lors de la survenance d'une situation de concours¹⁶, en véritable droit de sûreté et de préférence¹⁷. En effet, le créancier qui peut se prévaloir de la compensation échappe à la loi du concours avec les autres créanciers¹⁸. On qualifie à cet égard la compensation de « sûreté issue de la pratique », de « mécanisme préférentiel de droit des obligations », de « mécanisme obligatoire de garantie » ou encore de « mécanisme conventionnel d'évitement du concours »¹⁹.

6. Principe d'interdiction de la compensation après concours. — L'article 1298 du Code civil énonce toutefois un obstacle à la compensation²⁰. Cet article dispose : « La compensation n'a pas lieu au préjudice des droits acquis à un tiers. Ainsi celui qui, étant débiteur, est devenu créancier depuis la saisie-arrêt faite par un tiers entre ses mains, ne peut, au préjudice du saisissant, opposer la compensation ». La doctrine et la jurisprudence unanimes étendent l'hypothèse de la saisie-arrêt à toutes les situations de concours²¹. L'objectif sous-jacent de cette limitation résulte manifestement du respect de la règle de l'égalité des créanciers²².

L'interdiction de compensation ne concerne que la compensation après la survenance d'une situation de concours. Si les conditions de la compensation sont réunies avant la survenance du concours, elle sortit ses effets²³ sous réserve, pour la compensation conventionnelle qui serait conclue au cours de la période suspecte, de l'application des articles 17, 2^o, et 18 de la loi sur les faillites²⁴. Pour rappel, ces dispositions rendent inopposables à la masse des créanciers les paiements anormaux intervenus au cours de la période suspecte ainsi que les actes à titre onéreux conclus au cours de cette même période si le créancier bénéficiaire avait connaissance de la cessation de paiement du débiteur et que l'acte a porté préjudice à la masse²⁵.

Nous verrons, ci-après, que cette interdiction de principe est loin d'être absolue. Elle connaît plusieurs exceptions qui sont fonction du type de compensation en présence (voy. *infra* n^{os} 7 et s.).

B. Les exceptions à l'interdiction de compensation après concours

1. Les compensations légale et judiciaire après concours

7. L'exception de connexité. — L'interdiction de compensation fixée à l'article 1298 du Code civil souffre une exception importante en présence d'un lien de connexité étroit entre les créances à compenser. Dans son arrêt du 7 décembre 1961²⁶, la Cour de cassation consacre cette exception en ces termes : « le jugement déclaratif de faillite n'a pas eu pour conséquence de désolidariser les deux créances et (...) le juge a donc pu décider, en raison du lien qui, suivant ces constatations,

(8) R. HOUBEN, A.-S. VANKEMMELBEKE et D. VAN WAES, *op. cit.*, p. 1155.

(9) H. DE PAGE, *op. cit.*, pp. 652-653, n^o 663-664; J. WINDEY, « Les mécanismes de garantie issus de la pratique : les grands traits de leur évolution depuis 1992 », *op. cit.*, p. 519. Sur la condition de réciprocité, voy. M. FORGES et S. MENSCHAERT, *op. cit.*, p. V.2.2-17.

(10) A. CHAMBEROD, « Actualité sur quelques points choisis », in *Actualités du droit des procédures collectives*, UB³, Bruylant, 2007, p. 26; M. FORGES, S. MENSCHAERT, *op. cit.*, p. V.2.2-2; J. ROODHOOFT, *op. cit.*, p. V.3-22a, n^o 4365.

(11) H. DE PAGE, *op. cit.*, p. 655; R. HOUBEN, A.-S. VANKEMMELBEKE et D. VAN WAES, *op. cit.*, p. 1155.

(12) 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.

(13) Loi-programme du 27 décembre 2004, *M.B.*, 31 décembre 2004.

(14) Loi du 26 septembre 2009 transposant la directive 2009/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 mai 2009 modifiant la directive 98/26/CE concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres et la directive 2002/47/CE concernant les contrats de garantie financière, en ce qui concerne les systèmes liés et les créances privées, *M.B.*, 10 novembre 2011.

(15) H. DE PAGE, *op. cit.*, p. 617 : « Si l'une d'elles pouvait contraindre l'autre à payer sans que celle-ci puisse, en même temps, recouvrer sa propre créance, cette créance pourrait être compromise si, dans l'intervalle le débiteur qui a payé devient insolvable ».

(16) Notons que cette notion regroupe des réalités de plus en plus protéiformes.

(17) P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, *op. cit.*, p. 2236.

(18) H. DE PAGE, *op. cit.*, p. 617; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, *op. cit.*, p. 2236.

(19) Voy. à ce sujet A. ZENNER et

I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours », *J.T.*, 2004, pp. 865-866.

(20) Pour d'autres exceptions à la compensation, voy. l'article 1293 du Code civil.

(21) M. FORGES et S. MENSCHAERT, *op. cit.*, p. V.2.2-11; J. ROODHOOFT, *op. cit.*, p. V.3-16; B. DE CONINCK, « Compensation légale et réciprocité entre deux dettes de nature quasi délictuelle : connexité juridique ou coïncidence factuelle? », note sous *Comm. Marche-en-Famenne*, 8 janvier 2007, *R.G.D.C.*, 2008, p. 518; R. HOUBEN, « *Schuldvergelijking* », *op. cit.*, p. 1374; J. WINDEY, « Les mécanismes de garantie issus de la pratique : les grands traits de leur évolution depuis 1992 », *op. cit.*, p. 520.

(22) Voy. sur la règle de l'égalité des créanciers, M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière, sûretés réelles et privilèges*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 115 et s.; F. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des*

créanciers, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 51 et s. Voy. également sur sa portée et les controverses y relatives, C. BIQUET-MATHIEU et F. GEORGES, « Espaces de liberté dans le domaine des sûretés et garanties de paiement », in *Les espaces de liberté en droit des affaires*, séminaire organisé à l'occasion du 50^e anniversaire de la Commission droit et vie des affaires, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 31-137.

(23) M. VAN QUICKENBORNE, « Réflexions sur la connexité objective, justifiant la compensation après faillite », note sous *Cass.*, 25 mai 1989, *R.C.J.B.*, 1992, p. 356.

(24) F. T'KINT et W. DERIJCKE, *La faillite*, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 258-273; I. VEROUSTRAE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, pp. 445-449.

(25) F. T'KINT et W. DERIJCKE, *op. cit.*, p. 264-277.

(26) *Cass.*, 7 décembre 1961, *Pas.*, 1962, I, p. 440.



les unit, que la créance d'indemnité au bénéfice de la faillite et la créance du défendeur à charge de celle-ci devaient former un compte unique, « les deux créances se compensant à due concurrence », sans égard à la circonstance que le montant de la créance d'indemnité n'a été déterminé que postérieurement au jugement déclaratif de faillite ».

8. Assouplissement de l'exigence de connexité. — Depuis cet arrêt, l'exigence de connexité « s'est notablement délimitée »²⁷.

Initialement, la connexité était entendue au sens « objectif » ou « juridique »²⁸. La compensation était admise « chaque fois qu'existent entre les dettes réciproques une relation tellement étroite, un « lien d'interdépendance » (...) tels qu'il ne serait guère acceptable de faire obstacle à la fonction de garantie qu'elle remplit incontestablement »²⁹. Les obligations qui trouvaient leur source unique dans un même contrat synallagmatique en constituaient l'exemple par excellence³⁰.

Dans son arrêt du 25 mai 1989^{31 32}, la Cour de cassation a étendu le concept de connexité en faisant émerger la notion d'obligations procédant d'une « cause unique »³³. Une érosion du concept³⁴ peut encore être décelée, plus récemment, dans l'arrêt de la Cour de cassation du 7 avril 2006³⁵. La Cour semble, à l'occasion de cet arrêt, avoir fait un pas supplémentaire en faveur de la connexité conventionnelle. Elle considère comme régulièrement motivé l'arrêt de la cour d'appel selon lequel « la clause de compensation générale, par laquelle elles (les parties) avaient placé leurs dettes réciproques dans un rapport purement conventionnel de connexité dans des conditions exclusives de toute fraude, se situait dans le cadre d'une opération économique globale »³⁶.

9. Compensation légale du fisc. — En marge de ces principes généraux, il arrive que le législateur autorise certaines compensations légales malgré l'existence d'une situation de concours. On pense, par exemple, à la compensation *sui generis*³⁷ instituée par l'article 334 de la loi-programme du 27 décembre 2004³⁸ au bénéfice du fisc. Cette dernière n'est pas entravée par la survenance d'un concours et n'est conditionnée par aucune exigence de connexité. La matière dépasse toutefois largement notre propos³⁹.

2. La compensation conventionnelle après concours

10. Un double régime. — Le régime de la compensation conventionnelle une fois le concours survenu est double. Cette compensation est régie par la loi sur les sûretés financières⁴⁰ (« L.S.F. ») ou, à défaut, par le droit commun. Pour rappel, le droit commun érige en principe l'interdiction de compensation après concours et tempère celle-ci par une exception de connexité (voy. *supra* nos 7-8).

Partant, la première étape du raisonnement consiste à déterminer si la compensation tombe sous le champ d'application de la L.S.F.⁴¹. Dans sa première mouture, le champ d'application de cette loi était extrêmement large⁴². Étaient notamment visées les conventions de *netting*⁴³ quelle que soit la qualité des parties contractantes^{44 45}. Ce faisant, le législateur belge transposait la directive 2002/47/CE⁴⁶ bien au-delà de la sphère financière et interbancaire fixée au niveau européen⁴⁷.

La Cour constitutionnelle est toutefois venue sonner le glas de cette généralisation⁴⁸. Dans son arrêt du 27 novembre 2008⁴⁹, elle décide qu'« En ce qu'ils sont applicables à des personnes physiques qui n'ont pas la qualité de commerçant au sens de l'article 1^{er} du Code de commerce », les articles 14 et 15, § 1^{er}, de la loi du 15 décembre 2004 violent les articles 10 et 11 de la Constitution.

Dans la droite ligne des enseignements de la Cour, le législateur a revu sa copie. La loi du 26 septembre 2011 écarte désormais du champ de la L.S.F. les conventions de *netting* conclues entre ou avec des personnes physiques non commerçantes⁵⁰. C'est le régime de droit commun qui aura vocation à s'appliquer dans ces hypothèses : la compensation après concours est donc proscrite à moins de rapporter la preuve d'un lien de connexité.

11. Les conventions de *netting* soumises à la loi sur les sûretés financières. — La réforme législative de 2011, amorcée par la Cour constitutionnelle, ne vient, par contre, pas bouleverser les conditions d'opposabilité des conventions de *netting* contenues aux articles 14 et 15 de la L.S.F.⁵¹ L'efficacité des clauses de compensation⁵² malgré la survenance

(27) F. GEORGES et C. MUSCH, « Développements récents en matière de garanties mobilières et de cautionnement », in X, *L'entreprise en difficulté*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 90. Voy. également sur l'élargissement de la notion de connexité, R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, op. cit., pp. 527-530.

(28) M. VAN QUICKENBORNE, op. cit., p. 357.

(29) F. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, op. cit., p. 93 avec les références citées (Cass., 7 décembre 1961, *Pas.*, 1962, I, p. 440; L. FREDERICQ, ét. sous Gand, 10 juillet 1947, *R.C.J.B.*, 1948, p. 58).

(30) M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière, sûretés réelles et privilèges*, op. cit., p. 750; J. WINDEY, « Les mécanismes de garantie issus de la pratique : les grands traits de leur évolution depuis 1992 », op. cit., p. 521.

(31) Cass., 25 mai 1989, *R.C.J.B.*, 1992, p. 348, note M. VAN QUICKENBORNE.

(32) Cet arrêt est fermement critiqué par M. Van Quickenborne (M. VAN QUICKENBORNE, op. cit., pp. 387-390).

(33) M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière, sûretés réelles et privilèges*, op. cit., p. 752.

(34) Érosion déplorée par F. Georges et C. Musch (F. GEORGES et C. MUSCH, op. cit., p. 90).

(35) Cass., 7 avril 2006, *J.T.*, 2006, p. 645, note T. HÜRNER, *J.L.M.B.*, 2006, p. 896, *NjW*, 2006, p. 944, note P. COUSSEMENT, *Pas.*, 2006, p. 812, *R.D.C.*, 2006, p. 810, E. VAN DEN HAUTE. Cet arrêt fut rendu en

matière de concordat.

(36) *Ibidem*.

(37) A. DAYEZ, S. SCARNA et R. THONET, « Commentaire art. 334 L.-prog. 27 décembre 2004 », *Privileges et hypothèques*, Malines, Kluwer, 2008, p. 49.

(38) Loi-programme du 27 décembre 2004, *M.B.*, 31 décembre 2004.

L'article 334 a subi quelques modifications à la suite de l'entrée en vigueur d'une loi-programme du 22 décembre 2008 (voy. F. GEORGES, « Inconstitutionnalité partielle de la compensation conventionnelle non-obstant concours », obs. sous C. const. n° 167/2008, 27 novembre 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 825, note 19).

(39) Nous renvoyons le lecteur aux références suivantes : M. DE THEJIE, « Fiscale schuldvergelijking », note sous Civ. Bruxelles, 13 mai 2005, *R.W.*, 2005-2006, pp. 1070-1072; F. DESTERBECK, « De schuldvergelijking in fiscale zaken », note sous Civ. Anvers, 2 février 2007, *T.F.R.*, 2008, pp. 149-150; A. DAYEZ, S. SCARNA et R. THONET, op. cit., pp. 49-56; A. VAN HOE, « Fiscale schuldvergelijking en nieuwe activiteiten van de gefailleerde : dode hoek in het vermogensrecht », *T.F.R.*, 2013, pp. 506-510.

(40) 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.

(41) Voy. sur les conséquences de l'application de la L.S.F. *infra* n° 11.

(42) C. POULLET, « Les garanties

financières : une efficacité renforcée au détriment des droits des créanciers », *Rev. prat. soc.*, 2005, pp. 245-290.

(43) Les conventions de *netting* sont définies à l'article 3, 4^o. Il s'agit des « conventions de novation ou de compensation bilatérale ou multilatérale ».

(44) Lors de son entrée en vigueur, le champ d'application *rationae personae* de la loi ne faisait pas l'objet de dispositions spécifiques.

(45) M. GRÉGOIRE, obs. sous C. const., 27 novembre 2008, *J.T.*, 2009, p. 46.

(46) Directive 2002/47/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juin 2002 concernant les contrats de garantie financière, *J.O. L 168* du 27 juin 2002, p. 43.

(47) F. GEORGES, « Inconstitutionnalité partielle de la compensation conventionnelle non-obstant concours », obs. sous C. const. n° 167/2008, 27 novembre 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 821.

(48) Voy. E. DIRIX, « *Netting*overeenkomsten » : niet voor broekjes », obs. sous C. const. 27 novembre 2008, *NjW*, 2008, p. 926; F. GEORGES, « Inconstitutionnalité partielle de la compensation conventionnelle non-obstant concours », op. cit., pp. 821-827; M. GRÉGOIRE, obs. sous C. const. 27 novembre 2008, op. cit., pp. 46-47; R. HOUBEN, « Contractactuele schuldvergelijking na samenloopte aanzien van natuurlijke personen : geen *netting* », note sous C. const., 27 novembre 2008, *R.D.C.*, 2009, pp. 502-507; F. GEORGES et C. MUSCH, op. cit.,

pp. 90 et s.

(49) C. const., 27 novembre 2008, *J.T.*, 2009, p. 44, note M. GRÉGOIRE, *J.L.M.B.*, 2009, p. 816, note F. GEORGES, *NjW*, 2008, p. 925, note E. DIRIX.

(50) Article 20 de la loi du 26 septembre 2011 transposant la directive 2009/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 mai 2009 modifiant la directive 98/26/CE concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres et la directive 2002/47/CE concernant les contrats de garantie financière, en ce qui concerne les systèmes liés et les créances privées, *M.B.*, 10 novembre 2011.

(51) Les articles 14 et 15 disposent : article 14 : « § 1. Les conventions de *netting*, ainsi que les clauses et conditions résolutoires ou de déchéance du terme stipulées pour permettre la novation ou la compensation, peuvent, sans mise en demeure ni décision judiciaire préalable, non-obstant toute cession des droits sur lesquelles elles portent, en cas de procédure d'insolvabilité, de saisie ou de toute situation de concours, être opposées aux créanciers si la créance et la dette à novar ou à compenser existent lors de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ou de la survenance de la saisie ou d'une situation de concours, quels que soient la date de leur exigibilité, leur objet ou la monnaie dans laquelle elles sont libellées. § 2. Le paragraphe 1^{er} du présent article ne s'applique pas aux conventions de *netting* ainsi qu'aux clauses et conditions résolutoires ou de déchéance du terme sti-



d'une situation de concours est, en effet, soumise à deux conditions. D'un côté, la créance et la dette à compenser doivent exister lors de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ou de la survenance d'une situation de concours, étant toutefois entendu que l'absence de liquidité, d'exigibilité ou de connexité importe peu⁵³. De l'autre, la convention de *netting* doit avoir été conclue avant la survenance du concours ou de la procédure d'insolvabilité (sauf ignorance légitime de celles-ci).

La protection des articles 14 et 15 de la L.S.F. est significative. L'action en inopposabilité prévue à l'article 17, 2^o, de la loi sur les faillites et ouverte au curateur est paralysée⁵⁴. La cession de créances n'entrave de surcroît pas le mécanisme de la compensation : l'article 1295 du Code civil est privé d'effets⁵⁵. L'exception de compensation peut donc être opposée par le débiteur cédé au cessionnaire si la conclusion de la convention de *netting* est antérieure à la cession⁵⁶.

3 La compensation et la loi relative à la continuité des entreprises

A. Historique

12. Le régime du concordat. — La question de l'opposabilité des clauses de compensation s'est posée bien avant l'entrée en vigueur de la loi relative à la continuité des entreprises⁵⁷. Sous l'empire de la loi sur le concordat, aujourd'hui abrogée, la Cour de cassation⁵⁸, sans trancher définitivement la controverse sur l'existence ou non d'une situation de concours, s'est prononcée en faveur de l'admissibilité de la compensation après le dépôt de la requête en concordat pour autant qu'il y ait connexité⁵⁹.

13. La continuité des entreprises. — La loi du 31 janvier 2009 sur la continuité des entreprises (« L.C.E. »)⁶⁰ est venue remplacer le régime

du concordat judiciaire jugé trop lent, trop coûteux et totalement dépassé. Le législateur offre désormais au débiteur en difficulté la possibilité de recourir à trois procédures distinctes en vue de maintenir ses activités⁶¹. La conclusion d'accords individuels hors procédure est également favorisée par la loi⁶².

14. La question de la naissance d'une situation de concours. — L'opposabilité des clauses de compensation reste tributaire de l'application de l'article 1298 du Code civil et, par voie de conséquence, de l'émergence ou non d'une situation de concours⁶³. À l'instar des controverses nées à propos du concordat, la question du concours s'est également posée au sujet de la procédure de réorganisation judiciaire. Malgré l'indigence de la loi à cet égard, la doctrine majoritaire considère que ni le dépôt de la requête, ni l'ouverture de la procédure ne créent de situation de concours⁶⁴. Partant, il n'existe pas de masse. Le principe de l'égalité des créanciers ne doit pas être respecté⁶⁵. Les débats quant à l'application de l'article 1298 du Code civil et l'opposabilité des clauses de compensation sont donc revenus sur le devant de la scène.

B. La compensation légale lors d'une procédure de réorganisation judiciaire

15. Une application du droit commun. — Les compensations légale et judiciaire entre créances nées avant le concours demeurent possibles pour autant qu'elles répondent aux exigences habituelles sans qu'il y ait lieu de démontrer une quelconque connexité (voy. *supra*, n^o 2)⁶⁶.

De surcroît, vu l'absence de création d'une situation de concours, la compensation reste normalement envisageable, à défaut de dérogation expresse du législateur⁶⁷, entre deux créances nées après l'ouverture d'une procédure en réorganisation judiciaire⁶⁸.

16. — Les articles 34 et 49 de la L.C.E. — Le législateur a tout de même entendu réglementer deux cas particuliers de compensation et les soumettre à une exigence de connexité⁶⁹.

pulées pour permettre la novation ou la compensation, conclues entre ou avec des personnes physiques non commerçantes (...). Article 15 : « § 1^{er}. Les conventions constitutives de sûreté réelle et les conventions de *netting* sont valables et opposables aux tiers et peuvent donc sortir leurs effets y compris en cas de procédure d'insolvabilité ou de saisie ou en cas de situation de concours, si la conclusion de ces conventions précède le moment de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, la survenance d'une saisie ou d'une situation de concours, ou si ces conventions ont été conclues après ce moment, dans la mesure où la contrepartie peut se prévaloir au moment où la convention a été conclue d'une ignorance légitime de l'ouverture ou de la survenance antérieure d'une telle procédure ou situation (...).

§ 3. Les §§ 1^{er} et 2 du présent article ne s'appliquent pas aux conventions de *netting* ainsi qu'aux clauses et conditions résolutoires ou de déchéance du terme stipulées pour permettre la novation ou la compensation, conclues entre ou avec des personnes physiques non commerçantes (...).

(52) À l'exclusion des conventions de *netting* conclues entre ou avec des personnes physiques non commerçantes.

(53) M. GRÉGOIRE, obs. sous C. const. 27 novembre 2008, *op. cit.*, p. 46; C. ALTER, « La loi relative aux sûretés financières », in X, *Traité pratique de droit commercial*, t. 5, *Droit bancaire et financier*, p. 642. Voy. également Cass., 24 juin 2010, *T.C.R.*, 2010, pp. 265-266, note P. VAN CAENEGEM. Les enseignements de cet arrêt ne se limitent pas à l'hypothèse de la compensation légale du fisc.

(54) Cet article sanctionne d'inopposabilité, s'ils ont été réalisés durant la période suspecte, les paiements par compensation pour dettes non échues et pour dettes échues.

(55) L'article 1295 du Code civil dispose que : « Lorsque la cession a été notifiée au débiteur ou qu'elle a été reconnue par le débiteur, celui-ci ne peut plus invoquer la compensation des créances qui se réalise postérieurement ». Voy. B. DE COININCK, « Cession de créance et compensation légale entre dettes connexes », note sous Cass., 26 juin 2003, *R.C.J.B.*, 2007, p. 607; M. GRÉGOIRE et V. DE FRANQUEN, « La loi sur les sûretés financières et la compensation », in X, *Sûretés et procédures collectives*, C.U.P., n^o 100, Liège, Anthemis, 2008, pp. 12-13 avec les références citées; Cass., 5 octobre 2012, *J.L.M.B.*, 2013, pp. 976-978; F. GEORGES, « La compensation, une garantie à géométrie de plus en plus variable », obs. sous Cass., 5 octobre 2012, *J.L.M.B.*, 2013, pp. 978-981.

(56) F. GEORGES, « La compensation, une garantie à géométrie de plus en plus variable », *op. cit.*, p. 979. La condition de bonne foi dans le chef du débiteur exigée à l'article 1691, alinéa 2, du Code civil est toutefois maintenue.

(57) Loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises, *M.B.*, 9 février 2009.

(58) Cass., 7 avril 2006, *J.T.*, 2006, p. 645. Voy. également Cass., 1^{er} juin 2006, *J.T.*, 2006, p. 644.

(59) Voy. sur cette question, T. HÜRNER, « L'hypothèse de la compensation après concordat et en cas de concours successifs », *J.T.*, 2006, pp. 633-641; M. GRÉGOIRE, « Le sort des créanciers et leurs garanties », in

X, *L'entreprise en difficulté - Solutions et nouveaux outils juridiques*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, pp. 44-54; J. WINDEY, « La loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises », *J.T.*, 2009, pp. 243-244.

(60) Loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises, *M.B.*, 9 février 2009.

(61) La réorganisation judiciaire par accord amiable, la réorganisation judiciaire par accord collectif ainsi que la réorganisation judiciaire par un transfert de tout ou partie de l'entreprise ou de ses activités sous autorité de justice constituent les trois instruments voués au redressement des entreprises.

(62) Ces accords individuels seront sous certaines conditions opposables en cas de faillite ultérieure (art. 15 de la L.C.E.).

(63) F. T'KINT emprunte, pour expliquer le concours, la définition de L. Vincent : le concours est « la rencontre due à l'initiative des créanciers ou à la volonté du législateur de prétentions contradictoires des créanciers sur un ou plusieurs biens du débiteur dont celui-ci a perdu la libre disposition » (F. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, *op. cit.*, p. 51).

(64) W. DAVID, J.-P. RENARD et V. RENARD, *La loi relative à la continuité des entreprises : mode d'emploi*, Waterloo, Kluwer, 2009, p. 141 et s.; I. VEROUSTRATE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, *op. cit.*, pp. 157 et s.; A. ZENNER, J.-P. LEBEAU et C. ALTER, *La loi relative à la continuité des entreprises à l'épreuve de sa première pratique*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 143; P. VAN OMMESLAGHE, « La loi sur la

continuité des entreprises : opposabilité des conventions aux créanciers », in M. DAL et A. ZENNER (coord.), *Actualité de la continuité, continuité de l'actualité - États généraux de la continuité*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 143.

(65) A. ZENNER, J.-P. LEBEAU et C. ALTER, *op. cit.*, p. 144; P. VAN OMMESLAGHE, « La loi sur la continuité des entreprises : opposabilité des conventions aux créanciers », *op. cit.*, p. 143.

(66) M.-E. STORME, « Schuldvergelijking en insolventie », in X, *Insolventie - en beslagrecht*, Bruges, die Keure, 2009-2010, p. 32; T. BELLAVIA, « La réorganisation judiciaire et le sort des contrats », *Le Pli juridique*, n^o 15, avril 2011, Anthemis, p. 13.

(67) Semblable dérogation est prévue à l'article 49, alinéa 3, de la L.C.E.

(68) M.-E. STORME, *op. cit.*, p. 32; E. DIRIX, « Zekerheden, eigendomsvoorbehoud en rangregeling », in X, *Curatoren en vereffenaars : actuele ontwikkelingen II*, Anvers, Intersentia, p. 39; N. VAN LANDUYT, « Schuldvergelijking en rechtsmisbruik in het kader van de wet continuïteit ondernemingen », *R.A.B.G.*, 2011, p. 669; T. BELLAVIA, *op. cit.*, p. 13; N. OUCHINSKY, « Analyse des droits d'action des créanciers pour sauvegarder leurs intérêts dans le cadre d'une procédure de réorganisation judiciaire », in X, *Actualité de la continuité, continuité de l'actualité - États généraux de la continuité*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 263.

(69) L'article 334 de la loi-programme du 27 décembre 2004 reste néanmoins applicable malgré l'absence de connexité (V. SAGAERT, « Actuele ontwikkelingen inzake

Premièrement, la compensation entre, d'une part, une créance née avant le sursis, d'autre part, une créance née au cours du sursis est régie par l'article 34 de la L.C.E.⁷⁰ Cet article, qui a récemment fait l'objet d'un toilettage⁷¹, dispose que « La compensation n'est permise au cours du sursis entre créances sursitaires et créances nées au cours du sursis que si ces créances sont connexes »^{72 73}.

L'articulation entre l'article 34 de la L.C.E. et le régime de droit commun a suscité quelques interrogations. Quel sort réserver à la compensation entre deux créances nées avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité mais dont les conditions de réciprocité, de fongibilité, de liquidité et d'exigibilité sont réunies postérieurement au jugement octroyant le sursis? La doctrine est divisée^{74 75}, tandis qu'aucune réponse tranchée ne ressort de la jurisprudence. Nous reviendrons sur cette controverse ci-après (*infra*, n° 19).

Deuxièmement, l'article 49 de la loi ajoute, pour les cas de réorganisation judiciaire par accord collectif, que le plan « peut encore prévoir que les créances sursitaires ne pourront être compensées avec des dettes du créancier titulaire postérieures à l'homologation. Une telle proposition ne peut viser des créances connexes ».

17. L'unique cas de concours. — L'hypothèse spécifique de réorganisation par transfert sous autorité de justice mérite que l'on s'y attarde. Le principe selon lequel la L.C.E. n'institue pas de nouvelle situation de concours connaît, en effet, une exception. Le transfert sous autorité de justice conformément aux articles 65, 66 et 68 de la L.C.E. est reconnu comme une hypothèse de concours. Les effets du concours seront donc applicables au produit de la vente ou de la cession des actifs⁷⁶. La compensation ne sera envisageable qu'en cas de connexité⁷⁷.

C. La compensation conventionnelle lors d'une procédure de réorganisation judiciaire

18. — Le nouvel article 4 de la L.C.E. — Outre les restrictions apportées au champ d'application *rationae personae* des articles 14 et 15 de la L.S.F.⁷⁸, la loi du 26 septembre 2011⁷⁹ a tenté de clarifier les inter-

Ainsi, parallèlement au toilettage opéré à l'article 34 de la L.C.E.⁸⁰, le champ d'application de la L.S.F. a été modifié. Dans la mesure où l'activation de *close-out netting*⁸¹ préjudicie, dans la pratique, à la continuité des entreprises, il est préconisé d'en limiter les effets en cas de réorganisation^{82 83}. L'objectif est de trouver un « meilleur équilibre entre les intérêts des banquiers et des créanciers et la sauvegarde des activités économiques d'entreprise »⁸⁴.

L'article 4, § 3, de la L.S.F. dispose désormais que :

« Les articles 9, 9/1, 14 et 15 de la présente loi ne peuvent être invoqués dans les cas mentionnés ci-après, à moins que le créancier ne puisse se prévaloir d'un défaut de paiement :

- » a) quelle que soit la nature des créanciers, dès la demande ou l'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire d'une personne autre que celles visées à l'article 3, 11^o, de la présente loi, pendant la durée de cette procédure;
- » b) par un créancier qui est une personne autre que celles visées à l'article 3, 11^o, de la présente loi, dès la demande ou l'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire d'une personne morale publique ou financière, pendant la durée de cette procédure.

» Le premier alinéa ne s'applique pas :

- » a) lorsque le créancier qui se prévaut d'une compensation ou d'une novation sur la base d'une convention de *netting* ne se prévaut pas également d'une clause résolutoire, d'une condition résolutoire ou de clauses et conditions de déchéance du terme stipulées pour permettre la novation ou la compensation;
- » b) en cas de réalisation d'une convention constitutive de sûreté réelle visée aux articles 8, 12 et 13 de la présente loi et en ce qui concerne tout recours dans ce cadre à une convention de *netting* ou aux clauses et conditions résolutoires ou de déchéance du terme stipulées pour permettre la novation ou la compensation;
- » c) aux sûretés réelles, conventions de *netting* et clauses et conditions résolutoires ou de déchéance du terme stipulées pour permettre la novation ou la compensation, lorsqu'elles sont conclues au sujet de produits dérivés ou d'autres opérations financières telles que décrites par le Roi dans un arrêté concerté avec la Banque nationale de Belgique.

schuldbelijking - Over de groei (pijnen) van een verbintenisrechtelijk zekerheidsmechanisme », in X, *Actuele ontwikkelingen inzake verbintenisrecht*, Anvers, Intersentia, 2009, pp. 238-239; M.-E. STORME, *op. cit.*, p. 32; R. HOUBEN, « Het vereiste van tijdig bestaan van de te verrekenen vorderingen voor de schuldbelijking na samenloop (in fiscale zaken) », note sous Cass., 24 juin 2010, *R.W.*, 2010-2011, p. 847. Il n'est pas fait obstacle à la compensation en faveur du fisc pour autant que les créances existent avant la survenance du concours (Cass., 24 juin 2010, *R.W.*, 2010-2011, pp. 844-845; R. HOUBEN, « Het vereiste van tijdig bestaan van de te verrekenen vorderingen voor de schuldbelijking na samenloop (in fiscale zaken) », *op. cit.*, p. 847). Les arrêts de la Cour de cassation du 24 juin 2010 (*R.W.*, 2010-2011, pp. 844-845) et de la Cour constitutionnelle du 19 mars 2009 (*J.L.M.B.*, 2009, pp. 827-831, note F. GEORGES) sont toutefois venus limiter la portée de l'article 334 de la loi-programme. Ils ne peuvent être transposés sans nuance à la réorganisation judiciaire (voy. également, I. VEROUSTRATE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, *op. cit.*, p. 169, note 49).

(70) R. HOUBEN, « Het gewijzigd juridisch kader voor financiële zekerheden (met inbegrip van *netting*) », *R.W.*, 2012-2013, p. 1532.

(71) L'article 22 de la loi du 26 septembre 2011 supprime la réserve stipulée à l'article 34 en ces

termes « sans préjudice de l'application de la loi du 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières et portant des dispositions fiscales diverses en matière de conventions constitutives de sûreté réelle et de prêts portant sur des instruments financiers ». Cette réserve était en effet « sans objet, puisque les articles 14 et 15 de cette loi [la loi du 15 décembre 2004] sont impuissants à fonder l'opposabilité de la compensation conventionnelle entre créances réciproques qui ne sont pas toutes deux nées avant l'ouverture de la procédure » (*Doc. parl.*, Ch. repr., session ordinaire 2010-2011, doc. 53, n° 1714/002, p. 16). Tandis que la L.S.F. vise la compensation entre créances nées toutes deux avant l'ouverture de la procédure, la L.C.E. traite uniquement de la compensation entre créances sursitaires et créances nées au cours du sursis (cette incohérence a notamment été relevée par A. ZENNER, J.-P. LEBEAU et C. ALTER, *op. cit.*, p. 164; M. GRÉGOIRE, « L'entreprise en voie de restructuration et ses créanciers : à la recherche de nouveaux équilibres? », in X, *L'entreprise en difficulté*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 48).

(72) Voy. pour les critiques formulées à l'encontre de ce régime, R. HOUBEN, *Schuldbelijking*, *op. cit.*, pp. 485-486; R. HOUBEN, « Het gewijzigd juridisch kader voor financiële zekerheden (met inbegrip van *netting*) », *op. cit.*, p. 1531.

(73) L'exigence de connexité ne vaut que pour la compensation entre, d'une part, une dette du commerçant

en réorganisation née avant le sursis, d'autre part, une créance de ce même commerçant qui naît pendant le sursis. S'il s'agit de compensation entre, d'une part, une créance du commerçant en réorganisation née avant le sursis, d'autre part, une dette dont il devient redevable pendant le sursis, la règle de l'article 34 ne trouve pas application. Un retour au droit commun s'impose (voy. V. SAGAERT, *op. cit.*, pp. 234-235 et M.-E. STORME, *op. cit.*, pp. 32-33 qui utilisent les expressions d'*actieve schuldbordering* et *passieve schuldbordering*).

(74) M. GRÉGOIRE, « Le sort des créanciers et leurs garanties », *op. cit.*, p. 54; N. OUCHINSKY, *op. cit.*, pp. 262-263; M. GRÉGOIRE, *Procédures collectives d'insolvabilité*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 213.

(75) Certains auteurs prônent un retour à une opposabilité de principe limitée par l'article 34 tandis que d'autres en reviennent à une exigence de connexité (voy. sur ces deux courants : N. OUCHINSKY, *op. cit.*, pp. 262-263).

(76) Voy. A. ZENNER, « La procédure de réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice », in X, *La loi relative à la continuité des entreprises*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, p. 137; W. DAVID, J.-P. RENARD et V. RENARD, *op. cit.*, p. 229.

(77) M.-E. STORME, *op. cit.*, p. 33.

(78) Voy. *supra* n°s 10-11.

(79) Loi du 26 septembre 2011 transposant la directive 2009/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 mai 2009 modifiant la directive 98/26/CE concernant le caractère défini-

tif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres et la directive 2002/47/CE concernant les contrats de garantie financière, en ce qui concerne les systèmes liés et les créances privées, *M.B.*, 10 novembre 2011.

(80) Voy. *supra* n° 16.

(81) Il s'agit de la compensation qui est précédée d'une exigibilité anticipée des créances à compenser sur la base d'une clause contractuelle.

(82) « Les clauses de *close-out* prennent souvent la forme d'une clause résolutoire ou d'une condition résolutoire » (R. HOUBEN, « Het gewijzigd juridisch kader voor financiële zekerheden (met inbegrip van *netting*) », *op. cit.*, p. 1526).

(83) Il existe, en effet, une contradiction patente entre les objectifs de la L.C.E. et ceux de la L.S.F. Tandis que la première loi tend à assurer la continuité de l'entreprise, la seconde fait primer les intérêts des créanciers qui peuvent se prévaloir notamment de conventions de *netting* et, ce faisant, compromettre la sauvegarde de l'entreprise (*Doc. parl.*, Ch. repr., session ord. 2010-2011, doc. 53, n° 1714/002, p. 5).

(84) *Doc. parl.*, Ch. repr., session ord. 2010-2011, doc. 53, n° 1714/002, p. 7.



Lors de la rédaction de cette liste de types d'opérations, le Roi tient compte de l'intérêt des mécanismes visés au premier alinéa pour le fonctionnement normal des opérations concernées et pour les marchés dans lesquels ils sont utilisés et de manière plus générale, des pratiques de marché belges et internationales ».

19. — L'interdiction du *close-out netting*. — C'est donc désormais la règle de l'interdiction de *close-out netting*⁸⁵ qui gouverne la réorganisation judiciaire. Les articles 14 et 15 de la L.S.F., qui subordonnent à deux conditions l'opposabilité de la compensation lors d'une procédure d'insolvabilité, ne peuvent s'appliquer.

Un retour aux règles de droit commun s'impose : la compensation n'est permise après concours qu'entre dettes connexes qui existent préalablement à la survenance de ce dernier. La transposition de cette règle à la procédure de réorganisation judiciaire reste délicate vu l'inexistence d'une situation de concours et de droits acquis des tiers. Doit-on, dès lors, en revenir à une opposabilité de principe de la compensation conventionnelle⁸⁶ sous réserve de l'application des articles 34⁸⁷, 49⁸⁸, 65 et suivants⁸⁹ de la L.C.E.? Il s'agirait du « résultat logique de l'application des règles régissant la matière de la compensation »⁹⁰. Ou doit-on, au contraire, exiger la démonstration d'un lien de connexité lorsque les conditions de fongibilité, de liquidité et d'exigibilité sont réunies au cours du sursis⁹¹?

Ce dilemme nous laisse perplexe. D'une part, l'exigence de connexité est incohérente vu l'absence de concours et l'inefficacité de l'article 1298 du Code civil. D'autre part, il nous semble tout à fait paradoxal d'aboutir à une opposabilité de principe de la compensation au regard de la volonté du législateur. La *ratio legis* de la loi du 26 septembre 2011, à savoir la primauté « de la continuité de l'entreprise sur les droits de certains créanciers isolés »⁹², condamne cette interprétation.

20. Les exceptions au principe de l'interdiction. — La protection des articles 14 et 15 subsiste néanmoins dans différentes hypothèses. La compensation conventionnelle sera, par conséquent, opposable aux tiers⁹³.

La première exception vise le défaut de paiement du débiteur, à savoir le « non-paiement au moment où l'obligation de paiement est devenue exigible » qui se rapporte « (en ce qui concerne sa réalisation) à au moins une des obligations garanties par la sûreté réelle (...) ou à au moins une des obligations qui tombent dans le champ d'application de la convention de *close-out netting* »⁹⁴.

Il s'agit là d'une entorse significative tant les hypothèses de défaut de paiement sont fréquentes en pratique en cas de réorganisation judiciaire. La notion de défaut de paiement est, par ailleurs, comprise dans un sens large en droit belge⁹⁵. La théorie de l'abus de droit conserve néanmoins son rôle de garde-fou⁹⁶. L'abus sera sanctionné par « la ré-

duction du droit à son usage normal »⁹⁷ : le créancier sera privé de son droit de se prévaloir du *close out netting*.

Ensuite, dans la mesure où l'interdiction ne cible que le *close-out netting*, la compensation reste opposable si elle est sollicitée sans que des clauses ou conditions résolutoires ou d'autres dispositions concernant la résiliation anticipée ne soient invoquées⁹⁸.

Troisièmement, lorsque les créanciers et débiteurs sont des personnes morales publiques ou financières, ils échappent à l'interdiction du *close-out netting*.

On retrouve encore, à titre d'exception, l'hypothèse où la compensation est invoquée dans le cadre d'un gage sur instrument financier, d'un transfert de propriété à titre de garantie ou d'une opération de cession-rétrocession. Cette exception répond au souci de maintenir l'attractivité de la place financière belge⁹⁹.

La dernière exception concerne les produits dérivés et les opérations sur instruments financiers. Le législateur a entendu garantir « le fonctionnement des clauses de *close-out netting* et des sûretés dans le cadre de produits financiers »¹⁰⁰. Ces produits dérivés et opérations sur instruments financiers sont repris et décrits dans l'arrêté royal du 7 novembre 2011¹⁰¹.

4 Conclusion

21. Conclusion. — Le régime de la compensation en présence d'une procédure d'insolvabilité constitue aujourd'hui plus qu'hier (et bien moins que demain?) un épouvantable labyrinthe. Ce n'est qu'au gré d'une analyse rigoureuse de la législation et d'une lecture attentive des arrêts de nos plus hautes juridictions que le juriste aguerri trouvera son fil d'Ariane. Le raisonnement implique, d'une part, de distinguer compensations légale, judiciaire et conventionnelle, d'autre part, en présence d'une compensation conventionnelle, de déterminer si cette dernière tombe sous le champ d'application de la loi sur les sûretés financières tel qu'il a été récemment modifié par le législateur.

L'étude des frontières entre la réorganisation judiciaire et les sûretés financières met au jour un paradoxe. Contrairement au souhait du législateur, les conditions de compensation sous le régime de la L.C.E. pourraient, selon une certaine interprétation, être moins strictes que celles prévues dans la L.S.F.¹⁰² Le risque de faire prévaloir une telle interprétation n'est pas à négliger, dans la mesure où cela reviendrait à obérer sensiblement les chances de redressement des débiteurs en réorganisation...

Florence GEORGE¹⁰³

Avocate

Assistante au Centre de droit privé de l'U.C.L.

(85) Cette interdiction s'applique dès le dépôt de la demande et durant toute la procédure en réorganisation.

(86) Les conditions de la L.C.E. sont en effet moins strictes que celles prévues dans la L.S.F. (R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, op. cit., p. 488).

(87) Deux courants existent au sein de la doctrine sur la portée à conférer à la notion de connexité exigée par l'article 34 de la L.C.E. Le premier courant entend limiter le concept à une connexité exclusivement objective (C. BODDAERT, op. cit., p. 254).

Le second estime, par contre, que la connexité purement conventionnelle satisfait à l'article 34 (W. DAVID, J.-P. RENARD et V. RENARD, op. cit., p. 154; I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, op. cit., p. 169).

(88) Voy. supra n° 16.

(89) Voy. supra n° 17.

(90) M. GRÉGOIRE, *Procédures collec-*

tives d'insolvabilité, op. cit., p. 213. Voy. en ce sens I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, op. cit., pp. 167-169.

(91) A. Zenner, J.-P. Lebeau et C. Alter indiquent qu'« il a été opiné » que cette compensation « ne serait admise qu'en cas de connexité » sans toutefois approuver cette position (op. cit., p. 165, n° 116).

(92) *Doc. parl.*, Ch. repr., session ordinaire 2010-2011, doc. 53, n° 1714/002, pp. 6-7.

(93) Le lien de connexité est présumé. Peu importe également que les conditions de fongibilité, de liquidité et d'exigibilité soient réunies après l'ouverture de la procédure de réorganisation (M. GRÉGOIRE, *Procédures collectives d'insolvabilité*, op. cit., p. 212).

(94) *Doc. parl.*, Ch. repr., session

ord. 2010-2011, doc. 53, n° 1714/002, p. 9.

(95) R. HOUBEN, « Het gewijzigd juridisch kader voor financiële zekerheden (met inbegrip van *netting*) », op. cit., pp. 1528.

(96) *Doc. parl.*, Ch. repr., session ord. 2010-2011, doc. 53, n° 1714/002, p. 9; R. HOUBEN, « Het gewijzigd juridisch kader voor financiële zekerheden (met inbegrip van *netting*) », op. cit., p. 1528. Voy. aussi sur la question, N. VAN LANDUYT, op. cit., pp. 667-675.

(97) P. WÉRY, *Droit des obligations - Théorie générale du contrat*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 465.

(98) *Doc. parl.*, Ch. repr., session ord. 2010-2011, doc. 53, n° 1714/002, pp. 9-10.

(99) R. HOUBEN, « Het gewijzigd juridisch kader voor financiële zekerheden (met inbegrip van *netting*) », op. cit., p. 1528.

(100) F. GEORGES et C. MUSCH, op. cit., p. 93.

(101) A.R. du 7 novembre 2011 déterminant les produits dérivés et autres opérations financières visés à l'article 4, §§ 3 et 4, de la loi du 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières et portant des dispositions fiscales diverses en matière de conventions constitutives de sûreté réelle et de prêts portant sur des instruments financiers, *M.B.*, 10 novembre 2011.

(102) Certains auteurs appellent, dès lors, de leurs vœux une refonte du régime de la compensation (R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, op. cit., pp. 577 et s.; R. HOUBEN, « Schuldvergelijking », op. cit., pp. 1370-1383; M.-E. STORME, op. cit., p. 58).

(103) L'auteur peut être contactée à l'adresse florence.george@uclouvain.be.

