

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Les difficultés suscitées par la nouvelle définition des sûretés réelles au sens de l'article 3.3 du livre 3 du Code civil

George, Florence; Ouchinsky, Nicholas

Published in:

Actualités en droit de l'insolvabilité

Publication date:

2022

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for published version (HARVARD):

George, F & Ouchinsky, N 2022, Les difficultés suscitées par la nouvelle définition des sûretés réelles au sens de l'article 3.3 du livre 3 du Code civil. dans *Actualités en droit de l'insolvabilité*. Collection du jeune barreau de Tournai, Larcier, Bruxelles, pp. 149-172.

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.

4

Les difficultés suscitées par la nouvelle définition des sûretés réelles au sens de l'article 3.3 du livre 3 du Code civil

Florence George

Avocate au barreau de Liège-Huy

Chargée de cours à l'UNamur et à l'UCLouvain

et

Nicholas Ouchinsky

Avocat au barreau de Bruxelles

Assistant à l'ULB

SECTION 1. Les modifications apportées par le livre 3 du Code civil au droit des sûretés	151
SECTION 2. Le cas particulier du créancier privilégié spécial	163

1. Introduction. En réformant le droit des biens, le législateur n'avait d'autre choix que de se prononcer sur ce que l'on appelait, sous l'empire du Code Napoléon, les droits réels accessoires¹. Parmi ces derniers, on retrouve les sûretés réelles.

Il n'existait toutefois aucune nécessité de revoir l'ensemble de la matière en profondeur dès lors que le droit des sûretés réelles mobilières avait été entièrement revisité quelques années plus tôt². De surcroît, un (futur) livre 9 est spécialement dédié au droit des sûretés dans le nouveau Code.

La loi du 4 février 2020 portant le livre 3 « Les biens » du Code civil³ n'a dès lors modifié qu'à la marge le droit des sûretés.

L'intention du législateur était claire : créer un corpus de règles cohérent réglemant les droits réels sans ébranler la signification autonome des notions issues d'autres législations⁴.

Le livre 3 a toutefois lancé un pavé dans la mare du droit des sûretés...

Nous reviendrons, dans un premier temps, sur l'ensemble des modifications apportées par le législateur (section 1). Dans un second temps, nous examinerons plus spécifiquement la catégorie des créanciers privilégiés spéciaux (section 2).

1. Les travaux préparatoires justifient l'abandon de cette qualification en ces termes : « Les auteurs de la proposition 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.*, Ch. repr., sess. 2019, n° 55-0173/001, p. 16).

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

3. *M.B.*, 17 mars 2020. Cette loi est entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2021.

4. Voy. le passage des travaux préparatoires suivant : « 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 » (Proposition de loi portant insertion du livre 3 "Les biens" dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2019, n° 55-0173/001, p. 16).

Section 1. Les modifications apportées par le livre 3 du Code civil au droit des sûretés

2. Aperçu. C'est tout d'abord sous le prisme des droits réels et des principes généraux que le droit des sûretés subit des premiers changements. L'instauration de principes généraux applicables à l'ensemble des droits réels, y compris les sûretés réelles, ainsi que l'absorption par le livre 3 des règles contenues initialement dans la loi hypothécaire ont une incidence sur la matière des sûretés réelles (§ 1).

De manière plus ciblée, la notion même de sûreté réelle est désormais explicitée et les catégories de droits réels délimitées (§ 2).

Bien qu'appelées de ses vœux par la doctrine, ces modifications emportent des conséquences qu'il convient de mettre en lumière (§ 3).

§1. Les principes généraux du droit des sûretés

3. Rapatriement des principes généraux du droit d'exécution des créanciers figurant dans la loi hypothécaire⁵. Le principe de sujétion uniforme des biens du débiteur et celui d'exécution forcée sur les biens du débiteur contenus aux articles 7⁶ et 8⁷ de la loi hypothécaire (ci-après « LH »)⁸ sont rapatriés au sein du livre 3 du Code civil. Dès lors que ces deux articles disaient en réalité la même chose⁹ 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 sont fusionnés sous l'empire du livre 3. L'article 3.36 du Code civil intitulé « Droit de gage général » dispose, en effet, en son alinéa 1^{er}, qu'« [à] moins que la loi ou le contrat n'en dispose autrement¹⁰, le créancier peut exercer son droit de recours sur tous les biens de son débiteur ».

5. F. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2004, p. 14 et s.

6. L'article 7 de la LH signifie que tous les biens du débiteur sont affectés au paiement de ses dettes.

7. L'article 8 de la LH prévoit que les créanciers peuvent saisir tous les biens du débiteur à défaut de paiement volontaire.

8. Voy. sur ces principes, F. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, 4^e éd., *op. cit.*, pp. 17 et s.

9. *Ibid.*, p. 43.

10. Voy. sur ces exceptions, les travaux préparatoires qui précisent que « [e]lle 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 (légale ou conventionnelle), certains biens peuvent être soustraits aux droits de recours. En principe, ce n'est néanmoins possible que dans le cadre

Le principe de l'égalité des créanciers – qui constitue également un principe fondateur du droit des sûretés – est repris à l'alinéa 2 en ces termes : « 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 ».

4. Insertion des principes d'unité et d'indivisibilité du patrimoine. Le patrimoine est défini, à l'article 3.35, alinéa 1^{er}, comme « l'universalité de droit comprenant l'ensemble de ses biens et obligations, présents et à venir ».

Les principes d'unité et d'indivisibilité du patrimoine sont ensuite consacrés à l'alinéa 2 de l'article précité¹¹.

5. Généralisation du principe de subrogation réelle. Le principe de la subrogation réelle est également ancré de manière générale à l'article 3.10¹². Ce dernier porte qu'« [u]n 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

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.*, Ch. repr., sess. 2019, n° 55-0173/001, p. 81).

11. 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.*, Ch. repr., sess. 2019, n° 55-0173/001, p. 81).

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

13. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2019, n° 55-0173/001, p. 29.

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.

6. Le principe de spécialité et d'unité des droits réels. Les principes de spécialité et d'unité des droits réels, déjà implicitement reconnus avant la réforme, sont érigés à l'article 3.8¹⁵. 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 »¹⁶. 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 »¹⁷. Il est, par ailleurs, admis que « [p]our autant que les biens qui constituent l'universalité soient déterminés ou déterminables, l'universalité l'est également et le principe de spécialité est respecté »¹⁸.

C'est ce premier principe de spécialité qui a dicté la césure réalisée dans le livre 3 entre les privilèges généraux et spéciaux¹⁹. 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 spécialité²⁰. Les conséquences qu'emporte cette césure ne sont toutefois pas négligeables (voy. *infra*, n° 14).

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'« [h]ormis 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

14. *Ibid.*

15. « § 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 ».

16. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2019, n° 55-0173/001, p. 25.

17. *Ibid.*, pp. 25-26.

18. *Ibid.*

19. A. WYLLEMAN et J. BAECK, *Goederenrecht* (ed. 2021), *op. cit.*, p. 170.

20. Voy. E. DIRIX et R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, in *Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht*, Malines, Kluwer, 2006, n° 236 cités dans les travaux préparatoires (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2019, n° 55-0173/001, p. 16).

certain nombre d'exceptions légales importantes s'appliquent évidemment à cet égard et permettent à une composante inhérente de devenir autonome »²¹.

§2. La notion de sûretés réelles

7. La sûreté réelle en tant que droit réel qui protège contre l'insolvabilité des tiers. L'article 3.3, alinéa 2, du Code civil énonce au rang des droits réels le droit de propriété, la copropriété, les droits réels d'usage²² et les sûretés réelles.

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 »²³.

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 (art. 3.36, al. 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 »²⁴.

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 part²⁵. Les effets des deux mécanismes sont en effet radicalement opposés en cas d'insolvabilité²⁶.

8. Les différents types de sûretés réelles. L'article 3.3 indique explicitement en son alinéa 4 que « [l]es sûretés réelles, au sens de ce livre, sont les privilèges spéciaux, le gage, l'hypothèque et le droit de rétention ».

21. *Ibid.*

22. 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 ».

23. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2019, n° 55-0173/001, p. 19.

24. *Ibid.*

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

26. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2019, n° 55-0173/001, p. 16.

Cette énumération appelle plusieurs observations sur lesquelles nous reviendrons dans les développements qui suivent.

Tout d'abord, l'assimilation des notions de sûreté réelle et de privilège doit être évitée. Dans la réforme, la notion de privilège spécial est pourtant curieusement rattachée à celle de sûreté réelle (voy. *infra*, n° 12).

Par ailleurs, la suppression prématurée²⁷ de la définition de « cause légitime de préférence » qui était contenue à l'article 9 de la LH crée une certaine insécurité juridique (voy. *infra*, n° 11).

Le sort des privilèges généraux qui ne constituent plus, contrairement aux privilèges spéciaux, des sûretés réelles est incertain (*infra*, n° 14).

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 le livre 3 (voy. *infra*, n° 15).

9. 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 « [l]a 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 »²⁸.

On s'interroge légitimement sur l'utilité d'une définition spécifique au livre 3, lequel ne contient pas, en dehors des principes généraux²⁹, 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 9 du Code civil. Il n'existe de surcroît 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

27. Nous supposons qu'elle réapparaîtra lors de l'adoption du livre 9 du (nouveau) Code civil sur les sûretés.

28. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2019, n° 55-0173/001, p. 16. On rappellera que ces travaux préparatoires ne présentent pas de caractère contraignant.

29. Accessoriété, droit de préférence, subrogation réelle et spécialité (A. WYLLEMAN et J. BAECK, *Goederenrecht* (ed. 2021), *op. cit.*, p. 167).

livre 3, non seulement à l'ensemble du Code civil, mais également aux autres corps de règles. Les auteurs des projets de réforme en cours semblent même enclins à procéder de la sorte... (*infra*, n° 21).

§3. Les oublis et les incertitudes créées

10. La suppression de l'article 9 de la LH. Le chapitre I^{er} du titre XVIII du livre III, comportant les articles 7 à 11 est abrogé. Cette suppression emporte, en réalité, des conséquences non désirées.

Ainsi, l'article 9 de la LH disparaît sans qu'il n'y soit substitué aucun équivalent³⁰. Cet article, aux termes duquel « [l]es causes légitimes de préférence sont les privilèges et hypothèques » avait vocation à compléter l'article 8³¹, lequel annonçait les dérogations à la règle de l'égalité des créanciers.

Aux termes de l'actuel article 3.36, alinéa 2, du Code civil il est dorénavant prévu qu'« [e]n 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 ». Aucune autre précision n'est apportée.

Dans la première mouture de la réforme, le projet d'article prévoyait que dérogeaient au principe de l'égalité les « créanciers privilégiés ». Cette formulation a été modifiée suite à la remarque du Conseil d'État qui estimait, 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 »³².

30. Voy. au sujet de l'absence de définition de manière générale dans la loi, les explications suivantes « [v]u 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.*, Ch. repr., sess. 2019, n° 55-0173/001, p. 6).

31. « 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 ».

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

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 ». Ils ont cependant omis de définir ce terme...

11. La notion de cause légitime de préférence. On définit traditionnellement la cause légitime de préférence 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 patrimoine³³.

Cette notion ne peut se confondre avec celle plus étroite de sûreté réelle. Or, on qualifie traditionnellement la cause légitime de préférence sous le terme « sûreté », celle-ci protégeant le créancier contre l'insolvabilité de son débiteur³⁴. Cette utilisation du terme sûreté pour viser les notions de *priviège* et de *sûreté réelle* est source d'équivoque, la doctrine ayant tendance à confondre ces deux dernières notions³⁵. Afin d'éviter tout amalgame, le législateur aurait été bien inspiré de la définir.

L'énonciation des causes légitimes de préférence contenue dans l'ancien article 9 de la LH aurait, par ailleurs, mérité d'être complétée.

Si l'article 9 de la LH ne désignait que deux causes légitimes de préférence, à savoir les privilèges et les hypothèques, cette énumération était en réalité incomplète. M. GRÉGOIRE avait d'ailleurs dénoncé le fait que « [p]armi 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 »³⁶.

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.

À l'heure actuelle, en dépit de l'absence de définition et d'énumération, 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

33. F. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, 4^e éd., *op. cit.*, p. 85, n° 135 ; M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière sûretés réelles et privilèges*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 228, n° 503.

34. F. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, 4^e éd., *op. cit.*, p. 5, n° 1.

35. *Ibid.*, p. 114, n° 206 ; J. CAEYMAEX et T. CAVENAILE, *Manuel des sûretés mobilières*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 32, n° 21.

36. M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière sûretés réelles et privilèges*, *op. cit.*, p. 228, n° 504.

des obligations rendus opposables, malgré la naissance d'une situation de concours, par la Cour de cassation demeure incertain³⁷. L'exemple par excellence est notamment la compensation légale de dettes connexes³⁸ 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 civil³⁹.

12. Les confusions opérées entre les notions de sûreté réelle et de privilège⁴⁰. Force est de constater l'absence de ligne de démarcation claire 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 les secondes 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 bénéficie⁴¹. Cette affectation spéciale fait naître au profit du créancier titulaire de la sûreté « *un droit réel de garantie* »⁴². 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 débiteur⁴³.

37. Les travaux préparatoires parlent de figures à effet réel (Proposition de loi portant insertion du livre 3 "Les biens" dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2019, n° 55-0173/001, p. 16).

38. 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*, 1^{re} éd., col. De Page, Bruxelles, Bruylant, 2020, pp. 537-668.

39. 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., *op. cit.*, 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.

40. Les auteurs renvoient sur cette question à l'article paru dans le Journal des tribunaux : F. GEORGE et N. OUCHINSKY, « Le nouveau livre 3 du Code civil : ceci n'est pas une sûreté réelle... », *J.T.*, 2022, pp. 69-76.

41. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VI, Bruxelles, Bruylant, 1942, p. 676, n° 757 ; M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière sûretés réelles et privilèges*, *op. cit.*, p. 232, n° 512.

42. M. GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 74-75, n°s 136 et 137.

43. M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière sûretés réelles et privilèges*, *op. cit.*, pp. 232-233, n° 512.

La sûreté réelle se démarque des autres causes légitimes de préférence par les caractéristiques qui lui sont propres⁴⁴. (i) Elle procède tout d'abord d'un échange de consentement entre celui qui la constitue et son bénéficiaire⁴⁵. (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 réelle⁴⁶. (iii) La convention qui constitue la sûreté doit être conclue dans le respect des formes prescrites par la loi pour sa validité et son opposabilité⁴⁷. (iv) Le droit réel que confère ce type particulier de sûreté produit des effets dès sa constitution⁴⁸. (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 octroie également à son titulaire un droit de suite⁴⁹, en vertu duquel celui-ci peut se faire payer sur la chose grevée même si elle sort du patrimoine du débiteur⁵⁰. (vii) La sûreté réelle peut être constituée sur un bien relevant d'un autre patrimoine que celui du débiteur⁵¹.

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 synthétisation logique et rationnelle, c'est bien celle du privilège »⁵². 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'équivoque⁵³.

44. 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.

45. M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière sûretés réelles et privilèges*, op. cit., p. 233, n° 513. Nous ne visons pas ici le cas particulier de l'hypothèque légale.

46. *Ibid.*

47. *Ibid.*, pp. 233-234, n°s 514 et 516.

48. *Ibid.*, pp. 233-234, n°s 515 et 516.

49. *Ibid.*, p. 233, n° 515.

50. F. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, 4^e éd., op. cit., p. 111, n° 200 ; M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière sûretés réelles et privilèges*, op. cit., pp. 251-252, n° 556 ; J. CAEYMAEX et T. CAVENAILE, *Manuel des sûretés mobilières*, op. cit., p. 49, n° 39.

51. Le propriétaire du bien grevé est, dans ce cas, tenu *propter rem* (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VI, op. cit., p. 626, n° 725 ; F. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, 4^e éd., op. cit., p. 19, n° 15 ; M. GRÉGOIRE, *Procédures collectives d'insolvabilité*, 1^{re} éd., Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 40, n° 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.*, 2021, p. 2013, n° 8.

52. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VI, op. cit., p. 710, n° 765.

53. Voy. en ce sens égal. 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° 368.

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 légale⁵⁴, ce qui exclut qu'il trouve sa source dans une convention⁵⁵. (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 instauré le privilège⁵⁶. (iii) Le privilège ne produit, en principe, pas d'effet entre le créancier privilégié et le débiteur avant la survenance d'un concours^{57,58}. (iv) Le privilège ne présentant pas un véritable caractère réel, il n'est, en principe, pas muni du droit de suite⁵⁹. (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 assiette⁶⁰. 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'acception classique du terme »⁶¹. 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 bénéficie⁶².

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

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

56. M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière sûretés réelles et privilèges*, *op. cit.*, p. 229, n° 505.

57. *Ibid.*, p. 230, n° 509.

58. 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 » (*ibid.*, p. 117, n° 262).

59. *Ibid.*, pp. 251-252, n° 556. G. VAN HAEGENBORGH et A. HIMST, « Commentaire art. 12 L. hyp. », *op. cit.*, p. 21, n° 16.

60. M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière sûretés réelles et privilèges*, *op. cit.*, p. 229, n° 505 ; G. VAN HAEGENBORGH et A. HIMST, « Commentaire art. 12 L. hyp. », *op. cit.*, p. 21, n° 16.

61. F. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, 4^e éd., *op. cit.*, p. 111, n° 200.

62. O. CREPLET, « Titre IV – Les privilèges – Chapitre 1^{er} – Notions fondamentales », *op. cit.*, p. 335, n° 393.

13. 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 »⁶³. 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, de la 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 suite⁶⁴. 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 hypothécaire⁶⁵ et qu'ils confèrent un droit de suite à leurs titulaires⁶⁶. Ces privilèges diffèrent néanmoins de la sûreté réelle par le fait qu'ils ne sont pas constitués par convention⁶⁷, que leur opposabilité reste circonscrite aux rapports des créanciers entre eux⁶⁸ 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 réel⁶⁹.

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 spécialité⁷⁰ (*infra*, n^o 14) plutôt que d'en appeler à la nature même des mécanismes en présence.

14. Les conséquences de l'instauration du principe de spécialité. L'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, dénature la notion même de privilège.

63. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VI, *op. cit.*, p. 710, n^o 765.

64. M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière sûretés réelles et privilèges*, *op. cit.*, p. 231, n^o 510 ; G. VAN HAEGENBORGH et A. HIMST, « Commentaire art. 12 L. hyp. », *op. cit.*, p. 13, n^o 18.

65. Art. 29 LH.

66. M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière sûretés réelles et privilèges*, *op. cit.*, p. 232, n^o 511.

67. Nous ne visons pas ici le cas particulier de l'hypothèque légale.

68. M. GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, *op. cit.*, p. 48, n^o 77 et p. 75, n^o 137 ; G. VAN HAEGENBORGH et A. HIMST, « Commentaire art. 12 L. hyp. », *op. cit.*, p. 23, n^o 25 ; O. CREPLET, « Titre IV – Les privilèges – Chapitre 1^{er} – Notions fondamentales », *op. cit.*, p. 336, n^o 393.

69. A. WYLLEMAN et J. BAECK, *Goederenrecht* (ed. 2021), *op. cit.*, p. 167.

70. *Ibid.*, p. 167.

En outre, 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.

15. La nature de la clause de réserve de propriété. Le régime de la clause de réserve de propriété, refondu à plusieurs reprises⁷¹, n'échappe pas aux critiques.

Pour rappel, 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 depuis le 1^{er} janvier 2018.

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 propriété.

La classification de la clause de réserve de propriété au rang des sûretés réelles a été accueillie favorablement par la doctrine⁷², 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 »⁷³.

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 fait référence à la clause de réserve de propriété limite, ainsi, 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*⁷⁴.

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 Code civil, et ce en contradiction

71. Voy. F. GEORGE, *Le droit des contrats à l'épreuve de la faillite. Essor ou déclin du principe de l'égalité des créanciers ?*, *op. cit.*, pp. 1016 et s.

72. I. DURANT, « Rappel des principes, mise en contexte et modifications diverses apportées par la loi du 25 décembre 2016 », in *Les sûretés réelles mobilières*, CUP, vol. 176, Liège, Anthemis, 2017, p. 42, n° 22.

73. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2012-2013, n° 53-2464/001, p. 10.

74. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2019, n° 55-0173/001, p. 122. Voy. aussi en ce sens A. WYLLEMAN et J. BAECK, *Goederenrecht* (ed. 2021), *op. cit.*, p. 168.

avec ce qui est prévu au titre XVII du livre III de l'ancien Code civil, toujours en vigueur actuellement.

Section 2. Le cas particulier du créancier privilégié spécial

16. Aperçu. Avec la réforme, la controverse relative au statut du créancier privilégié spécial n'est guère vidée. Au contraire, elle remet à l'avant-plan des discussions nées lors de l'adoption du livre XX du CDE. Nous revenons, tout d'abord, sur l'évolution de cette catégorie de créanciers (§ 1) avant de nous intéresser à son application récente en jurisprudence (§ 2) et aux modifications législatives envisagées (§ 3).

§1. Examen rétrospectif

17. Le retour des créanciers privilégiés spéciaux dans la définition des créanciers sursitaires extraordinaires ? La qualification du privilège spécial en sûreté réelle n'est pas une simple question de vocabulaire dénuée d'implications pratiques⁷⁵. 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 I.22, 14°, du 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 réelle⁷⁶, 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 réelle⁷⁷.

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 notion⁷⁸. Dans un premier commentaire du livre XX du CDE, l'un des

75. *Contra* : O. CREPLET, « Titre IV – Les privilèges – Chapitre 1^{er} – Notions fondamentales », *op. cit.*, p. 336, n° 393.

76. *Voy. supra*.

77. *Doc. parl.*, Sén., n° 4-995/3, pp. 13 et 20.

78. 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 », in *Le nouveau droit de l'insolvabilité*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 77, n° 25 ; C. ALTER

soussignés s'étaient 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 législateur⁷⁹. D'aucuns ont d'emblée plaidé dans le sens du choix d'une interprétation stricte de la notion⁸⁰.

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 affirmatif⁸¹. 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 »⁸². 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 »⁸³. 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 »⁸⁴. L'auteur de cet amendement justifiait la modification suggérée en soulignant « qu'un privilège spécial est une sûreté réelle »⁸⁵. Cet amendement n'a pas suscité beaucoup de discussions. Avant son adoption, I. Verougstraete a d'ailleurs répondu en commission parlementaire que « si cela prête à confusion, l'intervenant ne voit pas d'inconvénient à supprimer

et Z. PLETINCKX, *Insolvabilité des entreprises. Dépistage, mesures préventives et procédures de réorganisation judiciaire*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 160-161, n° 133 ; I. VEROUGSTRATE, *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 schuldvorderingen in de opschorting (of hoe het heden het verleden is) », *R.D.C.*, 2019, p. 1220-1222, n° 17.

79. N. OUCHINSKY, « Analyse des nouveaux moyens d'action des créanciers dans le cadre d'une procédure de réorganisation judiciaire - Questions choisies », *op. cit.*, p. 77, n° 25.

80. 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 », *op. cit.*, p. 239, n° 4).

81. A. ZENNER, *Traité du droit de l'insolvabilité*, *op. cit.*, pp. 341-343, n° 442 ; F. DE LEO, « Definiëring (buiten)gewone schuldvorderingen in de opschorting (of hoe het heden het verleden is) », *op. cit.*, pp. 1220-1222, n° 17.

82. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2007, n° 52-0160/001, p. 40.

83. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2007, n° 52-0160/001, p. 9.

84. *Doc. parl.*, Sén., n° 4-995/2, p. 15.

85. *Doc. parl.*, Sén., n° 4-995/3, p. 20.

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 »⁸⁶.

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 convient également de faire un détour par l'analyse des débats auxquels a donné lieu l'élaboration de la LSRM.

Le même type de confusion conceptuelle se retrouve 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°, 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 »⁸⁷. Ces amendements n'ont cependant pas été adoptés, le ministre ayant relevé qu'« [i]l 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 »⁸⁸. 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 « [l]e 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 l'article 1^{er}, en précisant que « [c]e 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 »⁸⁹, ceux-ci précisant que « [l]e gage est – comme l'est d'ailleurs l'hypothèque – plus qu'un simple privilège. Il confère en effet également d'autres droits. De nombreuses

86. *Doc. parl.*, Sén., n° 4-995/3, p. 21.

87. *Doc. parl.*, Sén., n° 5-1922/2, pp. 8-9.

88. *Doc. parl.*, Sén., n° 5-1922/4, p. 22.

89. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2016-2017, n° 54-2138/001, p. 6.

autres dispositions légales mentionnent toutefois des créanciers “privilegiés”. 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 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”⁹⁰. 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 ».

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-avant⁹¹ 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 liquidation⁹². 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.

90. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2016-2017, n° 54-2138/001, pp. 6-7.

91. *Voy. supra*, n° 11.

92. M. GRÉGOIRE, *Procédures collectives d’insolvabilité*, 1^{re} éd., *op. cit.*, p. 35, n° 50.

Un privilège ne peut donc produire d'effets lors du dépôt d'une requête en réorganisation judiciaire ou de l'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire, lesquels n'emportent pas les conséquences caractéristiques d'un concours⁹³. 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 »⁹⁴.

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°, 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 »⁹⁵. L'omission du terme « privilège spécial » et la référence expresse aux sûretés réelles mobilières impliquent que le législateur a manifestement visé uniquement celles énoncées par la LSRM⁹⁶.

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

93. 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, 2010, pp. 143-145, n° 104 ; I. VEROUGSTRAETE, *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 *Continuïteit van de ondernemingen*, Herentals, Krap 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, 2012, 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.

94. M. GRÉGOIRE, « Lecture conjointe des réformes relatives aux sûretés réelles mobilières et aux procédures collectives d'insolvabilité », *op. cit.*, p. 71, n° 6.

95. Nous mettons en italique.

96. Voy. en ce sens égal. M. VANMEENEN et S. JACMAIN, « La procédure de réorganisation judiciaire : something old, something new, something borrowed, something blue », *op. cit.*, p. 239, n° 18.

article XX.121 du CDE, qui prévoit que « [t]outes 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.

§2. Examen de la jurisprudence publiée

19. Jurisprudence divisée. La jurisprudence demeure divisée sur le sort à réserver aux créanciers privilégiés spéciaux.

En l'absence de positionnement clair du législateur sur la définition de sûreté réelle, le tribunal de l'entreprise d'Anvers a 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 extraordinaires⁹⁷.

Ce tribunal a confirmé cette position, dans une décision subséquente du 20 décembre 2019⁹⁸, aux termes d'un raisonnement motivé sur lequel nous revenons succinctement. À l'occasion de cette décision, le tribunal énonce d'abord les définitions reprises respectivement aux articles 2 de la LCE et I.22, 14^o, du CDE. Il estime qu'il ne résulte pas directement des travaux préparatoires que le législateur ait entendu exclure les privilégiés spéciaux de la catégorie des créanciers sursitaires extraordinaires. Le tribunal s'intéresse ensuite aux définitions doctrinales de sûretés réelles et de privilèges. Il épingle les écrits de E. Dirix, F. Van Neste et M.E. Storme au sein desquels les privilèges sont énumérés au rang des sûretés réelles. Enfin, au regard du libellé de l'article 49/1 de la LCE remplacé par l'article XX.73 du CDE, le tribunal souligne que le législateur a souhaité réserver un sort différent aux privilèges spéciaux et généraux. Le créancier privilégié spécial est donc qualifié de créancier sursitaire extraordinaire.

Dans un arrêt du 8 mai 2020⁹⁹, la cour d'appel de Bruxelles prend le contre-pied de cette thèse.

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

98. Entr. Anvers (div. Anvers), 20 décembre 2019, *inédit*, R.G. n° N/19/00544.

99. Bruxelles, 8 mai 2020, *inédit*, R.G. n° 2019/AR/621.

Pour la cour, la nouvelle définition de créancier sursitaire extraordinaire renfermée à l'article I.22, 14°, s'écarte de celle de la LCE. S'inspirant des écrits de C. Alter et Z. Pletinckx¹⁰⁰ ainsi que de I. Verougstraete¹⁰¹, la cour d'appel décide que la notion ne vise plus les créances garanties par un privilège spécial, en dehors d'une sûreté réelle. Le bailleur ne bénéficie dès lors plus du statut préférentiel et rejoint la catégorie des créanciers sursitaires ordinaires.

Même si une majorité se dégage en faveur d'une exclusion des créanciers privilégiés de la notion de créances sursitaires extraordinaires, depuis l'entrée en vigueur du livre XX du CDE, la question reste actuellement controversée. Une modification législative est donc attendue...

§3. Projet de réforme

20. Dans sa mouture actuelle, l'avant-projet de loi transposant la directive (UE) 2019/1023 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 relative aux cadres de restructuration préventive (ci-après « l'avant-projet de loi ») prévoit de redéfinir la notion de créancier sursitaire extraordinaire à l'article I.22, 14°, du CDE comme « les créances sursitaires garanties par une sûreté réelle au sens de l'article 3.3 du Code civil et les créances qualifiées comme créances sursitaires extraordinaires par le présent livre ».

Avec cette définition, le créancier privilégié spécial réintègre le statut de créancier sursitaire extraordinaire.

Nous ne pouvons que regretter cette référence à la définition de la notion de sûreté réelle de l'article 3.3 du Code civil. Nous avons souligné à son sujet, l'inadéquation de l'inclusion de la notion de privilège spécial et sa contradiction avec la notion de sûreté réelle mobilière visée par la LSRM¹⁰².

Conformément au souhait du législateur lors de l'adoption du livre 3, la définition de sûreté réelle n'avait vocation qu'à régir ledit livre 3. En la sortant de son carcan, le projet de réforme, outre qu'il s'inscrit à contre-courant de la volonté des auteurs du livre 3, fait sienne une définition qui demeure hautement critiquable et qui s'inscrit en faux de la définition du livre XX telle qu'interprétée par la jurisprudence majoritaire.

100. C. ALTER et Z. PLETINCKX, « Dépistages, mesures provisoires et réorganisation judiciaire (nouvelles dispositions) », in *Le nouveau livre XX du Code de droit économique consacré à l'insolvabilité des entreprises*, UB³, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 94, n° 21.

101. I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de l'insolvabilité de l'entreprise*, op. cit., p. 25.

102. F. GEORGE et N. OUCHINSKY, « Le nouveau livre 3 du Code civil : ceci n'est pas une sûreté réelle... », *J.T.*, 2022/5, pp. 69-76.

21. Étendue de l'assiette du privilège. L'avant-projet de loi prévoit, à l'instar de ce que renferme déjà l'actuelle définition de la notion de créancier sursitaire extraordinaire, de limiter l'inclusion de la créance des créanciers titulaires d'une sûreté réelle dans la classe des créanciers sursitaires extraordinaires à « la partie de leur créance pour laquelle un droit de priorité s'applique ».

Dans son libellé actuel, l'article I.22, 14°, du CDE expose la manière de déterminer l'étendue de l'assiette de la sûreté comme suit :

« la créance n'est extraordinaire qu'à concurrence du montant, au jour de l'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire, pour lequel une inscription ou un enregistrement a été pris, ou, si aucune inscription ou aucun enregistrement n'a été pris, à concurrence de la valeur de réalisation *in going concern* du bien ou, si le gage porte sur des créances spécifiquement gagées, leur valeur comptable ».

Ces nuances ont été apportées à la notion de créancier sursitaire extraordinaire, à la suite d'un arrêt de la Cour de cassation du 12 février 2015¹⁰³, afin de concilier sécurité juridique et réalité économique¹⁰⁴. Dans cet arrêt, la Cour a décidé, d'une part, que la qualité de créancier sursitaire extraordinaire se détermine en fonction de l'existence d'une sûreté réelle et que, d'autre part, le montant pour lequel ce créancier peut être reconnu comme extraordinaire se détermine en fonction de l'assiette sous-jacente à cette qualité¹⁰⁵.

Le texte actuel de l'avant-projet de loi se borne à indiquer que pour déterminer l'étendue du caractère extraordinaire d'une créance sursitaire « il convient d'estimer la valeur qu'aurait obtenue ce créancier en vertu de son rang de priorité légale qui lui serait conféré par la sûreté réelle dans l'hypothèse d'une faillite ou liquidation judiciaire ». Si ce travail d'estimation

103. Cass., 12 février 2015, *J.T.*, 2015, p. 501.

104. Voy. sur la controverse M. FORGES et F. VAN DEN DRIESCHE, « Le gage sur fonds de commerce et les entreprises en difficultés », in *Le fonds de commerce*, Limal, Anthemis, 2012, p. 81 ; A. ZENNER, J.-P. LEBEAU et C. ALTER, in *La loi relative à la continuité des entreprises à l'épreuve de sa première pratique*, Les Dossiers du Journal des tribunaux, n° 76, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 64 ; I. VEROUSTRATE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite, op. cit.*, p. 39 ; C. ALTER et Z. PLETINCKX, « Droit bancaire et continuité des entreprises », in *Actualité de la continuité, continuité de l'actualité*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 368 ; C.A. LEUNEN, M. LAMBERTY, « Un autre regard sur le sort des intérêts et la qualité de créance sursitaire extraordinaire », in *Actualité de la continuité, continuité de l'actualité*, Larcier, 2012, p. 403 ; S. BRIJS, S. JACMAIN, « De reorganisatie van een onderneming in het kader van een collectief akkoord », in *La loi relative à la continuité des entreprises. De wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen*, Limal, Anthemis, 2010, p. 93 ; Z. PLETINCKX, « L'incidence de la valeur de réalisation de l'assiette du privilège spécial ou de l'hypothèque sur le caractère extraordinaire d'une créance sursitaire », obs. sous Cass., 12 février 2015, *J.T.*, 2015, p. 504 ; N. OUCHINSKY, « Analyse des nouveaux moyens d'action des créanciers dans le cadre d'une procédure de réorganisation judiciaire – Questions choisies », *op. cit.*, pp. 51-58, n° 17.

105. S. JACMAIN, « Créancier sursitaire extraordinaire : qualité ou assiette ? », *R.D.C.*, 2021, pp. 722-723, n° 10.

devait être le même que celui prévu dans la version actuelle de l'article I.22, 14°, du CDE, il pourrait susciter de nouvelles discussions sur la valeur de l'assiette à prendre en considération.

Dans sa première mouture, le projet loi du 27 mai 2013 prévoyait, en effet, que si aucune inscription ou aucun enregistrement n'a été pris, la créance sursitaire doit être qualifiée d'extraordinaire « à concurrence de la valeur estimée de réalisation forcée du bien »¹⁰⁶. L'exposé des motifs justifiait cette assertion par le fait que « pour la cohérence du système, les créanciers sursitaires extraordinaires seront traités comme s'il y avait une liquidation »¹⁰⁷. Lors de son audition du 10 mai 2017, le représentant de FEBELFIN a toutefois fait observer à la Commission de droit économique et commercial qu'« [e]n vertu de la loi relative à la continuité des entreprises, l'entreprise est [...] supposée revenir à une situation saine. Il est dès lors étrange que l'on détermine la position du créancier extraordinaire en fonction de la valeur du gage dans l'hypothèse où l'entreprise fait faillite. Il serait préférable de prendre simplement en considération la valeur de réalisation »¹⁰⁸. C'est à la suite de cette intervention qu'un amendement a été déposé avec notamment pour objet de remplacer le mot « forcée » par les mots « *in going concern* », celui-ci étant justifié par le fait qu'« [é]tant donné que la réorganisation judiciaire via le plan redressement a pour objectif le sauvetage et la continuité de l'entreprise, il n'est pas logique de limiter la valeur des actifs sur lesquels porte la sûreté (s'il n'y a pas d'inscription ou d'enregistrement) à la "valeur de réalisation forcée". Il entre dans l'objectif de cette procédure d'utiliser la valeur de réalisation "*going concern*" »¹⁰⁹.

Étant donné qu'il est désormais fait référence à la valeur de l'assiette de la sûreté « dans l'hypothèse d'une faillite ou liquidation judiciaire », le choix semble être à nouveau porté sur celui d'une valeur de réalisation en vente forcée, ce qui ne manquera sans doute pas de faire réagir FEBELFIN.

22. Conclusions. Au-delà des objectifs louables poursuivis par les auteurs du livre 3 et du travail colossal abattu, on peut se demander s'il était judicieux pour le législateur de s'emparer d'un domaine aussi tentaculaire que le droit des sûretés.

Un des points névralgiques et critiquables de la réforme gît dans l'adoption d'une nouvelle définition du concept de « sûreté réelle ». Cette définition, qui s'écarte de celle employée dans d'autres corpus de règles, pose de véritables problèmes de sécurité juridique. Le sort du créancier privilégié spécial est à cet égard symptomatique.

106. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2016-2017, n° 54-2407/001, p. 146.

107. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2016-2017, n° 54-2407/001, p. 22.

108. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2016-2017, n° 54-2407/004, pp. 98-99.

109. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2016-2017, n° 54-2407/002, p. 9.

Certes, l'article 3.3, alinéa 4, du Code civil précise que les sûretés réelles qu'il désigne le sont « au sens du présent livre ». Il n'en reste pas moins que le risque de confusion est patent. L'application de 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 irait bien au-delà de la volonté des auteurs du livre 3. C'est pourtant la démarche qui est actuellement adoptée par les rédacteurs de l'avant-projet de loi transposant la directive (UE) 2019/1023.

L'articulation des réformes entre elles – droit des sûretés réelles mobilières, droit de l'insolvabilité et droit des biens – demeure sans conteste une œuvre inachevée.

Il reste à espérer que le réformateur du livre 9 se montrera sensible à ces préoccupations.