

Céline Deschietere
Deuxième candidature
Faculté de droit
Cours de droit civil
Professeure : Valérie Simonart
Assistante : Delphine Heenen
Année académique 2003-2004

Travail de droit civil : les sûretés

1. le cautionnement solidaire
2. la fiducie-sûreté

Monsieur,

Suite à notre entretien du 16 novembre 2003, nous vous soumettons le fruit de nos recherches quant aux sûretés demandées par la banque Fortas.

Les objectifs poursuivis par la création de ces sûretés, leur validité, leur portée et leurs conséquences potentielles à l'égard de votre famille, de l'A.S.B.L. et de vous-même sont les points principaux auxquels nous nous sommes attachés. Quelques alternatives sont exposées en conclusion de chacune des parties.

En raison de l'étendue de la matière, notre compte-rendu n'est pas exhaustif et se limite à ce qui nous semble pertinent au vu de votre situation.

Nous vous en souhaitons bonne réception.

Nous vous prie de recevoir, Monsieur, l'expression de nos sentiments dévoués,

Céline Deschietere

Première partie : exposé des faits

Afin de promouvoir l'A.S.B.L. « Hongrie chantante et dansante » dont vous êtes le gérant, vous souhaitez conclure un emprunt d'au moins €200 000 avec la Banque Fortas. Ce financement permettra le lancement d'une nouvelle saison d'activités.

La banque est prête à accorder cet emprunt moyennant :

-un transfert de propriété à titre de garantie de certains biens de l'A.S.B.L., notamment d'œuvres rarissimes d'art hongrois.

-un contrat de cautionnement dans lequel vous vous porterez caution solidaire des engagements de l'A.S.B.L..

Deuxième partie : les exigences de la Banque : Les sûretés

A. Justification des sûretés demandées.

Le fait que la banque subordonne l'octroi d'un emprunt à la création de deux sûretés bien spécifiques s'explique d'une part par l'absence de responsabilité personnelle des membres d'une A.S.B.L.¹. En effet, en tant que gérant, vous ne serez pas tenu personnellement responsable des dettes de l'A.S.B.L. en cas de difficultés éprouvées par celle-ci. Ce principe a pour conséquence que les institutions financières demandent généralement des garanties à l'A.S.B.L. et/ou à ses associés². Cette absence de responsabilité contient cependant quelques tempéraments : ainsi, la responsabilité aquilienne d'un associé peut toujours être engagée en cas de faute de sa part³, de même, la responsabilité de type contractuel d'un gérant peut être mise en cause pour une faute de gestion⁴. En ce sens, je vous invite à établir une liste des activités que l'A.S.B.L. souhaite organiser ainsi que leur coût respectif afin de fixer le montant de l'emprunt en conséquence. Ceci pour éviter qu'un emprunt trop important puisse vous être reproché.

D'autre part, la spécificité des sûretés demandées s'explique par « l'effondrement » des sûretés traditionnelles⁵, leur inadéquation à la vie commerciale et la lourdeur de leurs formalités⁶. Comme nous le verrons, ces lourdeurs ne se rencontrent pas dans le transfert de propriété à titre de garantie⁷ ; le cautionnement solidaire protège de façon plus étendue le créancier.

¹ Nouvelle article 14bis introduit par l'article 24 de la loi du 2 mai 2002 modifiant la loi du 27 juin 1921

² I. Moreau-Margrève, « les sûretés personnelles » *en droit belge* in *Les sûretés*, Bruxelles, Feduci, 1983, p.179

³ Article 1382 du Code Civil

⁴ L'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 8 avril 1981 affirme que l'incapacité d'une A.S.B.L. peut découler d'une faute **grave** de gestion. Voy. également la remarque de A.M. Stranart sur l'octroi d'un crédit : A.M. Stranart, *Les sûretés*, Bruxelles, Story Scientia, 1992, p. 113

⁵ A. Bruyneel, « l'évolution du droit des sûretés » in *Les sûretés*, Feduci, 1983, p.15 et p.18 ; Jean Stoufflet, « l'usage de la propriété aux fins de garantie » in *Les sûretés*, Feduci, 1983, p. 322

⁶ P. Van Ommeslaghe, « les sûretés issues de la pratique et l'autonomie de la volonté » in *Les sûretés*, Feduci, 1983, p.347 ; J. Stoufflet, *op.cit.*, p.320 ; I. Peeters, *rev.banq.*, 1997, p.117

⁷ J.L. Van Boxstael, « la sûreté fiduciaire », *R.G.D.C.*, 1992, p. 217

B. Les sûretés : cautionnement solidaire et transfert de propriété à titre de garantie(la fiducie).

Généralités.

La sûreté est une institution juridique qui confère à un créancier la garantie de la bonne exécution de sa créance. Cette garantie peut porter sur une personne (sûreté personnelle) ou sur un bien appartenant au patrimoine du débiteur (sûreté réelle). Les exigences de la Banque Fortas comprennent ces deux types de sûretés.

I. Le cautionnement solidaire.

a. *Définition, particularité et caractère accessoire*

« Celui qui se rend caution d'une obligation, se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même. »⁸

La *particularité* du cautionnement tient essentiellement en l'adjonction du patrimoine de la caution (in specie votre patrimoine) au gage commun que constitue le patrimoine du débiteur principal (in specie l'A.S.B.L.). Ceci ne vaut que pour le créancier muni de cette sûreté personnelle.

Le cautionnement est un contrat *accessoire*. Les conséquences de ce caractère sont multiples, en voici les principales :

L'obligation principale doit être une obligation valable⁹. Si l'obligation garantie est viciée par une cause de nullité, la caution peut s'en prévaloir. Cependant si une obligation principale est annulée pour une exception purement personnelle (le cas des incapacité de protection, du défaut ou de l'excès de pouvoir de l'organe d'une société), la caution ne peut se dégager de ses obligations.

Le cautionnement est toujours lié à un contrat principal, en l'espèce le contrat d'emprunt, dont il tire existence. De ce fait, l'extinction du contrat principal entraîne de plein droit l'extinction du cautionnement¹⁰.

Il est subsidiaire quant à l'exécution de l'obligation¹¹. En effet, même si une stipulation de solidarité est incluse dans le contrat¹², la caution ne se transforme pas en débiteur principal. La sûreté ne joue qu'en cas d'inexécution de l'obligation par le

⁸ Article 2011 du Code Civil

⁹ Article 2012, al.1^{er} du Code Civil

¹⁰ Cass, 16 décembre 1994, *R.W.*, 1995-1996, p.322 : "Overwegende dat de verbintenis van de borg naar haar aard een bijkomende verbintenis is ; dat hieruit inzonderheid volgt dat als de hoofdschuld betaald is, de borg ontslagen is », cette extinction vaut même clause contraire, jugée « contraire à l'essence même du cautionnement ».

¹¹ F.T'Kint, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, Larcier, Bruxelles, 1991, p.380

¹² R.Vandeputte, "Overeenkomst", in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, t. X/2, 1981, p. 289: "Voor het overige is de solidaire borg onderworpen aan de globale rechtsregeling die betrekking heeft op de borgtocht".

débiteur principal. Vous ne serez donc pas tenu principalement de la dette de l'A.S.B.L. même en temps que caution « solidaire »¹³.

b. Rapport entre la caution et l'obligation principale

i) Etendue de l'obligation de la caution

« Le contrat de cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur, ni être contractée sous des conditions plus onéreuses »¹⁴.

Cette règle est sanctionnée par la réduction du cautionnement à la mesure de l'obligation principale.

Par contre, par application du principe de l'autonomie de la volonté, je vous invite à limiter l'étendue de votre engagement que ce soit dans le temps, par rapport au montant ou par subordination à certaines conditions¹⁵:

-L'engagement de la caution peut porter sur une partie de la dette (montant de la dette ou des intérêts).

-Le contrat peut être affecté par des termes différents de l'obligation principale.

-La caution peut aussi subordonner son engagement à différentes conditions.

A cet égard, je vous invite à joindre

-une clause limitant l'étendue du cautionnement à une partie de la dette (par exemple la moitié)

-une clause qui subordonne l'existence de votre engagement à celle d'une sûreté fournie par l'A.S.B.L. elle-même (comme ce sera le cas probablement). Ceci afin de limiter votre engagement et de donner à la banque d'autres garanties que vous-même.

-un terme extinctif de votre engagement qui permettrait d'être libéré à son échéance avant celle de l'obligation principale. Ce terme doit être rédigé de manière précise afin de ne créer aucune ambiguïté¹⁶. Il doit être extinctif et met fin au contrat de cautionnement.

-l'inclusion d'une condition résolutoire au contrat de cautionnement qui peut stipuler que le contrat de cautionnement est dissout de plein droit si vous cessez d'être gérant de l'A.S.B.L. En effet, vous pourriez sinon vous retrouver engagé pour cette dette non remboursée lors même que vous ne seriez plus gérant de l'A.S.B.L.

¹³ Pour la clause de solidarité voy. infra

¹⁴ Article 2013 du Code Civil

¹⁵ Concernant la possibilité et la nécessité de délimiter l'étendue du cautionnement voy. Cass. 20 décembre 1850, *Pas.* 1851, p.228 : « rien ne s'oppose à ce que les parties conviennent que le cautionnement s'éteindra avant l'obligation principale » ; Cass. 18 juillet 1895, *Pas.* 1895, p.257 ; voy. Cass, le 5 février 1998, *Pas.* 1998, I, p.182 n°73 qui affirme cette possibilité tout en présumant la partie de la dette non cautionnée celle éventuellement payée par le débiteur sauf stipulation contraire; De Page, *Traité de droit civil belge*, VI, n° 862, p.844

¹⁶ A.M.Stranart, *Les sûretés*, Bruxelles, Story Scientia, 1992, p.94 n°65

ii) Règle particulière pour le cautionnement d'un crédit à la consommation

Pour le cautionnement d'un crédit, le montant garanti doit être dûment précisé dans le contrat de sûreté personnelle.¹⁷

En cas de crédit à *durée indéterminée*¹⁸, la caution est engagée pour maximum cinq ans. Au terme de cette période, elle doit expressément renouveler son accord. Si l'A.S.B.L. contracte un crédit de ce type, vous serez libéré au terme de cinq années sauf votre accord contraire et exprès à l'échéance de ce terme.

iii) Exécution du cautionnement

« la caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal, et qui sont inhérentes à la dette .

Mais elle ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles au débiteur. »¹⁹

Le premier alinéa de cet article signifie qu'en cas d'inexécution de la part de la banque, vous pouvez refuser d'exécuter votre obligation au même titre que le débiteur principal et faire valoir l'exception d'inexécution. Si, par exemple, la banque ne met pas à la disposition de l'A.S.B.L. le montant convenu, ou qu'elle compte des intérêts plus élevés que ceux fixés dans le contrat, l'A.S.B.L. refusera de rembourser une créance qui n'existe pas (exception d'inexécution). Si la banque se retourne contre vous, vous pourrez avancer la même défense. Même si l'A.S.B.L. renonce à invoquer ces exceptions, vous pouvez les opposer au créancier²⁰ pour autant qu'elles soient inhérentes à la dette c'est à dire « tous les moyens dont il résulte que la dette principale ne peut plus être exigée par le créancier »²¹.

Toute clause de renonciation à l'exception que la dette est payée est nulle²²

Le deuxième alinéa restreint ce principe et exclut les exceptions purement personnelles c'est à dire des exceptions attachées à la personne du débiteur (celle tirée de la nullité pour incapacité, du défaut ou de l'excès de pouvoir de l'organe d'une société ainsi que

¹⁷ Article 34 de la loi du 12 juin 1991 modifié par la loi du 24 mars 2003, art.30, entrée en vigueur ce 1^{er} janvier 2004

¹⁸ Article 34 de la loi du 12 juin 1991 modifié par la loi du 24 mars 2003, art.30, entrée en vigueur ce 1^{er} janvier 2004 : « Pour les contrats de crédit conclus pour une durée indéterminée, un cautionnement ou une sûreté personnelle ne peut être réclaté par le prêteur que pour une période de cinq ans. Cette période ne peut être renouvelée que moyennant l'accord exprès, au terme de la période, de la caution ou de la personne qui constitue une sûreté personnelle. »

¹⁹ Article 2036 du Code Civil

²⁰ De Page, *op.cit.*, n° 887, p.872 ; A.M.Stranart, *op.cit.*, p.96

²¹ De Page, *op.cit.*, n°887, p.872-873

²² Cass, 16 décembre 1994, *R.W.*, 1995-1996, p. 322 : « Dat een beding krachtens hetwelk de borg op voorhand ervan afziet de exceptie op te werpen dat de hoofdschuld betaald is, tot gevolg heeft dat de verbintenis van de borg volledig geabstraheerd wordt van de hoofdverbintenis en in strijd is met het wezen zelf van de borgtocht ». Ceci met fin à la controverse concernant ce type de clause dans le contrat de cautionnement, voy. note d'E. Dirix, « variaties op de borgtocht », *R.W.*, 1995-1996, p. 323

celle prise du terme de grâce²³). Dans le même esprit la caution ne peut invoquer les vicissitudes de sa relation avec le débiteur cautionné²⁴.

c. Implications familiales : l'engagement d'une caution mariée²⁵ et conséquences en cas de décès.

i) Le cautionnement qui mettrait en péril les intérêts de la famille de la caution mariée pourra être annulé par le conjoint.²⁶ C'est pourquoi la banque demandera certainement l'accord de votre épouse afin de se protéger d'une telle action en nullité.

ii) « les engagements des cautions passent à leurs héritiers »²⁷. Il s'agit là de l'application du droit commun. Si le contrat de cautionnement est expressément rédigé en tant que contrat intuitu personae, cette règle n'est pas d'application.

d. Les droits de la caution et la clause de solidarité

i) Bénéfice de discussion et de division

« La caution n'est obligée envers le créancier à le payer qu'à défaut du débiteur, qui doit préalablement discuter dans ses biens, à moins que la caution n'ait renoncé au bénéfice de discussion, ou à moins qu'elle ne soit obligée solidairement avec le débiteur ; auquel cas l'effet de son engagement se règle par les principes qui ont été établis pour les dettes solidaires. »²⁸

De cet article, il n'est pas aisé de déduire la position d'une caution solidaire.

Le créancier n'a de recours contre la caution qu'en cas d'inexécution du débiteur principal. En cas d'inexécution, l'obligation de la caution est exigible sous réserve de deux bénéfices acquis à la caution.

Le bénéfice de discussion permet à la caution de « renvoyer le créancier discuter dans les biens du débiteur » avant de lui demander l'exécution de l'obligation²⁹. La caution a la possibilité de n'exécuter l'obligation que si le débiteur, préalablement discuté dans ses biens, ne peut y satisfaire. Cet avantage doit être demandé par la caution. Le bénéfice de division joue en cas de pluralité de caution et permet de diviser la dette entre les cautions. Ce deuxième bénéfice ne joue donc pas en l'espèce.

²³ A.M. Stranart, *op. cit.*, p. 96

²⁴ Voy. supra la condition résolutoire proposée. Voy. également A.M. Stranart, *op.cit.* p. 95, n°66

²⁵ I. Moreau-Margrève, *op.cit.* p. 188 ; Bruxelles, le 7 mars 1981, *J.T.* 1981, p.708

²⁶ Article 224 § 1 al 4 et § 2 du Code Civil ; voy. Liège, 30 janvier 2003, *J.T.*, 2003, p.414

²⁷ Article 2017 du Code Civil

²⁸ Article 2021 du Code Civil

²⁹ Ce point est controversé par la doctrine: Voy. De Page, *op. cit.*, n°835 ,p.800

ii) Règles particulières au cautionnement d'un crédit à la consommation

De plus, le cautionnement d'un crédit à la consommation³⁰ permet de n'être poursuivi par le créancier que sous certaines conditions :

- retard de paiement d'au moins deux échéances OU d'une somme équivalente à 20% du montant total à rembourser OU de la dernière échéance.
- Inexécution du consommateur dans un délai d'un mois suivant le dépôt à la poste de la lettre recommandée de mise en demeure

iii) Effets de la stipulation de solidarité

Par la stipulation de solidarité³¹, la caution *renonce* à ces deux bénéfices. Elle est tenue pour la totalité de la dette dès qu'à l'échéance du terme le créancier, muni d'un titre exécutoire, la lui réclame : celui-ci a le choix de poursuivre le débiteur principal ou la caution³². Mais la caution reste une caution : le créancier n'a aucun droit d'élection comme dans la solidarité ; la caution reste subsidiaire et n'est tenu à l'échéance *qu'à défaut de paiement par le débiteur principal*. La caution *ne renonce pas* à sa qualité de caution et ne devient pas un débiteur solidaire³³. Les règles applicables pour le cautionnement, outre celles qui concernent les deux bénéficiaires précités, restent de vigueur même en cas de clause de solidarité.³⁴

e. Rapport entre la caution et le débiteur principal

Lorsque la caution a payé le créancier, elle a plusieurs moyens de recours contre le débiteur principal : notamment l'action personnelle, l'action subrogatoire . L'action subrogatoire³⁵ permet à la caution qui a exécuté la dette de se prévaloir des sûretés réelles attachées à celle-ci. Dans le cas présent, en cas de paiement de la dette de votre part, vous êtes subrogé à tous les droits qu'avait celle-ci vis à vis de l'A.S.B.L.. Ce qui signifie que vous êtes muni d'une sûreté réelle (les œuvres d'art hongrois) afin de garantir votre créance. Lorsque le créancier a porté atteinte à cette subrogation, la caution simple est déchargée³⁶. Une jurisprudence sévère refuse ce droit à la caution solidaire³⁷.

³⁰ Article 36 de la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation : « Par dérogation à l'article 2021 du Code civil, le prêteur ne peut agir contre la caution et, le cas échéant, contre la personne qui constitue une sûreté personnelle, que si le consommateur est en défaut de paiement d'au moins deux échéances ou d'une somme équivalente à 20 p.c. du montant total à rembourser ou de la dernière échéance, et que si après avoir mis le consommateur en demeure par lettre recommandée à la poste, le consommateur ne s'est pas exécuté dans un délai d'un mois après le dépôt à la poste de la lettre recommandée. »

³¹ Sur les controverses à propos de la signification de cette stipulation en cas de cautionnement, voy. A. Meinertzhagen-Limpens, *Cautionnement en droit belge*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 55 et s. ; De Page, *op.cit.*, n°941 et s. , p.917 et s. , A.M. Stranart, *op.cit.*, p. 106 et s.

³² F.T'Kint, *op.cit.*, p. 401, n°806

³³ La volonté réelle des parties ne serait pas de transformer la caution en débiteur solidaire mais de la priver de son bénéfice de discussion. Voy. F. T'Kint, *op.cit.* p.401, n°805

³⁴ La doctrine et la jurisprudence semblent s'accorder sur cette conclusion équitable: voy. A. Meinertzhagen-Limpens, *op.cit.*, n°76 p.57 ; De Page, *op. cit.*, n°952

³⁵ Article 2029 du code civil ; A.M. Stranart, *op.cit.* p.98 et 99 ; Cass., 20 décembre 1850, *Pas*, 1851, p. 228

³⁶ Article 2037 du code civil

³⁷ Bruxelles, 5 mai 1987, *R.D.C.*, 1989, p. 780

Le rapport entre caution et débiteur principal ne change pas par la stipulation de solidarité.

f. Conclusion sur la demande de cautionnement solidaire

En ce qui concerne votre engagement en tant que caution solidaire, je vous invite à bien considérer ces différentes propositions :

1. La caution, même solidaire, est subsidiaire. L'A.S.B.L. reste seule débitrice principale de la dette jusqu'à l'échéance du terme ; l'extinction de l'emprunt entraînera l'extinction de votre cautionnement (sauf clause contraire qui vous est favorable, voir points 4, 5, 6, 7).
2. la caution solidaire *n'a pas droit* aux bénéfices accordés à une caution simple. Vous devrez payer la dette de l'A.S.B.L. dès l'échéance du terme si l'obligation n'a pas été exécutée et si la banque vous le demande. L'offre de garantie est donc étendue par rapport au cautionnement simple. Il serait donc préférable que vous puissiez engager en tant que simple caution.
3. Le cas échéant, vous pouvez faire un recours contre l'A.S.B.L. afin qu'elle vous rembourse la dette que vous avez avancée. La clause de solidarité n'enlève pas cette possibilité.
4. Votre engagement peut être limité dans le temps. Si le crédit est de durée indéterminée, vous devrez renouveler votre accord tous les cinq ans .
5. Votre engagement peut être limité à une partie de la dette. Vous pouvez stipuler que la partie payée sera la partie cautionnée. Le cas contraire, celle-ci sera présumée être celle non cautionnée.
6. Votre engagement peut être conditionné à une sûreté principale donnée par l'A.S.B.L..
7. Votre engagement peut être conditionné à votre départ en tant que gérant de l'A.S.B.L. (condition résolutoire qui met fin à votre engagement)
8. L'accord de votre conjoint sera sans doute demandé par la banque pour empêcher une action en nullité de sa part. Une clause stipulant le caractère *intuitu personae* du contrat éteindra celui-ci en cas de décès.
9. Toute clause que la banque aurait rédigée et par laquelle vous renonceriez à vos droits en tant que caution devra être préalablement débattue afin d'en connaître la portée exacte.

II. La fiducie-sûreté

a. Introduction : les sûretés issues de la pratique

La fragilité des sûretés traditionnelles a fait naître dans la pratique des nouvelles sûretés non prévues par la loi. Celles-ci offrent aux créanciers certains avantages tels qu'une facilité de réalisation et une sécurité nettement plus large que celle des sûretés traditionnelles³⁸. Le transfert de propriété à titre de garantie, cette « arme absolue »³⁹, est nettement répandue dans le milieu des institutions bancaires⁴⁰ et certains auteurs lui donnent le statut de « reine des sûretés ». Pourtant sa pratique ne fait pas l'unanimité. En effet, par son utilisation, deux principes se heurtent: le principe d'autonomie de la volonté dans la conclusion des contrats et le principe d'égalité des créanciers en cas de concours. La loi est muette au sujet de cette sûreté⁴¹, ainsi la jurisprudence et la doctrine sont les références qui peuvent nous indiquer la validité et l'effectivité de cette opération.

b. Définition, particularité et caractères

« La fiducie-sûreté est un procédé consistant pour un débiteur à transférer réellement à son créancier, à titre de sûreté, la propriété d'un ou de plusieurs biens que le créancier s'engage à rétrocéder au débiteur après apurement de sa dette »⁴²

La particularité de cette sûreté réside dans le transfert « total », sans démembrement, du droit de propriété.

La fiducie est *fondée sur le droit de propriété*. Selon la doctrine, l'intention réelle des parties est de céder la propriété en garantie. Par conséquent, il ne peut s'agir d'une simulation⁴³.

Elle est une sûreté *réelle*, fondée sur un bien du débiteur. Elle se distingue du cautionnement qui est fondé sur le patrimoine d'une autre personne que le débiteur. Elle est *conventionnelle* et laissée à l'autonomie de la volonté des parties à défaut d'une réglementation légale. Le contrat qui la crée est un contrat innommé. Comme le cautionnement, la fiducie-sûreté est un contrat *accessoire*⁴⁴.

³⁸ sous réserve de ce que nous allons exposer ci-après.

³⁹ J.Stoufflet, *op.cit.*, p. 320

⁴⁰ Van Boxtael, *op.cit.*, p.217 ; Stoufflet, *op.cit.* p.322

⁴¹ F.T.Kint, « la fiducie-sûreté » in *Le trust et la fiducie, Implications pratiques*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p.249 , 249-250 ; A.M. Stranart, *op.cit.*, p.130 : les législations mentionnant les cessions de créances à titre de garantie seraient trop spécifiques et particulières pour en déduire une consécration légale.

⁴² C.Witz, *la fiducie en droit français*, Paris, Economica, 1981, p.15, cité par J.L.Van Boxtael, *op.cit.*, p.218

⁴³ J.-L. Van Boxtael, *op.cit.*, p. 219 ; F.T.Kint, art.cit., p.249. Voir a contrario la jurisprudence infra.

⁴⁴ Pour les caractères de la fiducie-sûreté voy. J.L.Van Boxtael, *op.cit.*, p. 218

c. Distinction préalable

La fiducie-sûreté se divise en deux types de sûretés selon leur objet:

-Lorsque l'objet est un bien corporel (species), nous parlons de fiducie-sûreté portant sur un bien corporel mobilier⁴⁵ ou de transfert de propriété d'un meuble corporel à titre de garantie.

-Lorsque l'objet est une ou plusieurs créances, nous parlons de cession de créances à titre de garantie.

Dans le cas présent, la sûreté demandée porte sur des biens corporels mobiliers (species).

d. Avantages du transfert de propriété d'un bien corporel mobilier à titre de garantie

Au regard d'une autre sûreté réelle telle que le gage, le transfert de propriété présente certaines garanties et facilités :

-Aucune dépossession n'est requise pour la fiducie-sûreté alors que, pour le gage, la dépossession est non seulement une condition de formation du contrat mais aussi une condition pour son opposabilité aux tiers⁴⁶.

-Le gage doit être réalisé dans des conditions strictes (prohibition de la clause de voie parée et du pacte comissoire exprès) alors que la fiducie-sûreté en serait dénouée en tant que contrat innommé⁴⁷.

De plus, l'intérêt du créancier qui se voit conférer la propriété du bien en garantie résiderait dans le fait de devancer tous les autres créanciers privilégiés ou munis d'une sûreté traditionnelle.

Cependant, si ces avantages motivent les banques à demander ce type de sûretés, leur légalité est fortement douteuse. La jurisprudence belge⁴⁸ semble à tout jamais hostile au transfert de propriété de meubles corporels à titre de garantie dans laquelle la propriété est clairement utilisée comme sûreté « extérieure » à l'opération principale⁴⁹. La Cour de cassation justifie l'inopposabilité d'une sûreté réelle par sa constitution en dehors de toute règle légale et, en corollaire, par sa contrariété au principe de l'égalité des créanciers (« pas de privilège sans texte »)⁵⁰.

⁴⁵ la fiducie qui porterait sur un bien corporel immobilier serait dépourvue d'intérêt vu la réglementation stricte de la vente des biens immobiliers ainsi que des droits des créanciers hypothécaires. Voy. J.L. Van Boxtael, *op. cit.*, p. 226 en note de bas de page.

⁴⁶ Sous réserve de la législation qui permet le gage sans dépossession sous diverses conditions.

⁴⁷ A.M.Stranart, *op.cit.*, p.134-135 citant C. Witz.

⁴⁸ Charleroi, 31 janvier 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p. 1585

⁴⁹ A la différence du leasing dans lequel la propriété est intégrée au contrat principal et n'apparaît pas en tant que sûreté extérieure à l'obligation principale. Voy. J.L. Van Boxtael, *op.cit.*, p.221 et 223 ; J. Stoufflet, *op.cit.*, p. 321

⁵⁰ Cass, 17 octobre 1996, *Pas*, 1996, I, p.992

e. Controverse : la validité et l'effectivité du transfert de propriété à titre de garantie

Les avantages apportés par la fiducie-sûreté comportent en eux les griefs qui lui sont reprochés. Nous pouvons les classer au nombre de quatre dans la pratique⁵¹ :

- i. défaut de dessaisissement et la protection due aux tiers ;
- ii. la prohibition de clause de voie parée et du pacte comissoire exprès ;
- iii. le principe de l'égalité des créanciers en cas de concours sauf cause légitime de préférence;
- iv. la prohibition de clause d'inaliénabilité de biens.

Ces griefs portent atteinte à la validité et à l'effectivité de ce type de sûreté.

i) Le défaut de dessaisissement et la protection due aux tiers.

Dans le contrat de gage, la condition de dépossession a deux fonctions de sécurité:

-Vis-à-vis du créancier gagiste : la mise en possession du bien grevé dans le chef du créancier met ce dernier à l'abri de toute disposition nuisible que pourrait effectuer le débiteur.

-Vis-à-vis des tiers (les créanciers futurs) : elle les avertit de ce que le bien a été mis en garantie chez le créancier. Ceci peut être analysé comme une « forme de publicité ». Le gage d'un bien corporel sans dépossession doit être constaté par un acte dûment enregistré.

La sûreté fiduciaire en tant que sûreté réelle qui n'exige pas la dépossession (ni aucune mesure de publicité) peut contrevenir à ces deux protections. Si le créancier peut renoncer librement à une garantie conférée dans son intérêt exclusif, les tiers, pour leur part, pourraient être trompés par le caractère occulte de la propriété du créancier⁵².

L'extinction automatique du gage en cas de dépossession⁵³ du créancier est un exemple de la volonté du législateur de ne pas donner d'effets à des sûretés réelles mobilières sans dépossession. Pour cette raison, l'opposabilité aux tiers de telles sûretés n'est pas reconnue en droit belge⁵⁴.

⁵¹ la difficulté théorique liée à notre conception du droit de propriété ne sera pas examinée en tant que telle. Voy. J. Stoufflet, *op.cit.*, p.321

⁵² J.L. Van Boxtael, *op.cit.*, p. 228

⁵³ art. 2076 C.C.

⁵⁴ F.T'Kint, *art.cit.*, p.253 à 255

ii) La prohibition de clause de voie parée et du pacte commissaire exprès

La clause de voie parée autoriserait le créancier à faire vendre le bien mis en garantie sans respecter les règles légales. Une telle clause est impérativement⁵⁵ interdite et sanctionnée de nullité⁵⁶.

De même, le pacte commissaire exprès, par lequel le créancier se réserverait le droit de s'approprier le bien mis en garantie, est interdit et subit la même sanction.

Ces deux prohibitions consacrées en matière de gage ont pour fonction la protection du débiteur. En effet, un créancier malveillant pourrait se réserver la propriété d'un bien dont la valeur est bien plus élevée que la dette du débiteur⁵⁷.

La tentative de valider l'opération fiduciaire soutient que les deux prohibitions ne s'appliquent pas à celle-ci. En effet, la fiducie-sûreté est un contrat innommé et les interdictions s'appliquent restrictivement au contrat de gage⁵⁸. Cependant, en règle générale, la volonté du créancier de contourner ces interdictions par l'opération de la fiducie-sûreté est claire. En effet, la convention de transfert de propriété à titre de garantie comporte souvent de telles limitations dans la jouissance de ce droit que la situation du créancier fiduciaire ne se distingue pas de celle du créancier gagiste⁵⁹. Pour ce dernier, le seul intérêt de la fiducie-sûreté réside ainsi dans l'évitement des deux prohibitions citées ci-dessus. La fraude ainsi dévoilée, le juge requalifiera sans doute l'opération en gage simulé⁶⁰.

iii) Le principe de l'égalité des créanciers en cas de concours sauf cause légitime de préférence (« pas de privilège sans texte »).

Le patrimoine du débiteur constitue « le gage commun » à tous les créanciers. En cas de concours, ceux-ci sont traités sur un pied d'égalité. Les exceptions à ce principe sont celles que seule la loi a la possibilité de prévoir⁶¹, d'où l'adage « pas de privilège sans texte ». Les causes légitimes de préférence sont les hypothèques et les privilèges prévus par la loi⁶². Ces règles sont d'ordre public de sorte qu'on ne peut y déroger par l'autonomie de la volonté des parties contractantes.

-Peut-on considérer la sûreté fiduciaire un privilège sans texte ?

La sûreté fiduciaire se fonde sur le droit de propriété, or celui-ci est consacré par le Code civil. Donc la sûreté fiduciaire n'est pas un privilège sans texte⁶³.

⁵⁵ Règle d'ordre public ou impérative

⁵⁶ Article 2078 C.C.

⁵⁷ A.M.Stranart, *op.cit.*, p.134

⁵⁸ C.Witz cité par A.M.Stranart, *op.cit.*, p. 134-135

⁵⁹ J.L.Van Boxtael, *op.cit.*, p. 229, A.M.Stranart, *op.cit.*, p. 135 et 136, F.T'Kint, *art.cit.*, p. 248 concernant les cessions de créances à titre de garantie.

⁶⁰ Charleroi, 31 janvier 1996, *J. L.M.B.*, 1996, p.1584 ; Cass, 17 octobre 1996, *R.W.*, 1995-1996, p. 322

⁶¹ article 7 et 8 de la Loi hypothécaire ; J.L.Van Boxtael, *op.cit.*, p.229 ; P.Van Ommeslaghe, *op.cit.*, p.374

⁶² article 9 de la Loi hypothécaire

⁶³ J.L.Van Boxtael, *op.cit.*, 229-230 ; A.M.Stranart, *op.cit.*, p. 133

Si ce syllogisme peut sembler juste par sa simplicité, on ne peut ignorer que la jurisprudence reste insensible à cet argument et condamne ce type de sûreté sur base de son illégalité⁶⁴.

-La sûreté fiduciaire porte-elle atteinte à l'égalité des créanciers en cas de concours? Les défendeurs de la sûreté fiduciaire fondent leur thèse sur les effets externes des contrats qui sont opposables aux tiers. Tous les actes accomplis par le débiteur doivent sortir leurs effets et les créanciers en subir les conséquences⁶⁵. Mais les règles du concours des créanciers ont pour conséquence l'interdiction de tout convention ou acte juridique unilatéral qui assurerait au créancier un paiement sur les biens du débiteur par préférence aux autres créanciers et ce, en absence de cause légitime de préférence⁶⁶. La Cour de Cassation affirme l'inopposabilité de ce type de sûreté en cas de concours de créanciers⁶⁷.

iv) La prohibition de toute clause d'inaliénabilité.

Cet argument peut être facilement contredit par la jurisprudence. En effet, elle admet les restrictions au droit de propriété qui sont *purement personnelles, limitées et temporaires* et qui se justifient par un intérêt sérieux et légitime⁶⁸.

f. L'arrêt de la Cour de Cassation : Inopposabilité aux tiers d'une sûreté réelle établie en dehors des règles légales.

Si la doctrine est encore divisée au sujet de la sûreté fiduciaire⁶⁹, nous ne pouvons ignorer que la jurisprudence est en grande partie sévère envers ce type de sûreté. Ainsi, la Cour de Cassation a rejeté le pourvoi contre une décision de la cour d'appel de Liège. En effet, celle-ci refuse toute effectivité d'une cession de créance à titre de garantie. Ses motifs peuvent être résumés comme suit :

-La contrariété au principe de l'égalité des créanciers de cette sûreté réelle constituée en dehors des règles légales⁷⁰.

⁶⁴ Bruxelles, 25 mai 1932, *J.P.A.*, p.253 : « S'il est interdit (...) de se créer un privilège en dehors des conditions prévues par la loi, il est a fortiori interdit de se créer en dehors de ces conditions une garantie consistant dans l'appropriation des biens du débiteur (...) »

⁶⁵ P.Van Ommeslaghe, *op.cit.*, p. 368 ; Bruxelles, 18 décembre 1991, *J.T.*, 1992, p. 601 avec la note de Michèle Grégoire n°5 et 6

⁶⁶ P.Van Ommeslaghe, *op.cit.*, p. 379

⁶⁷ Cass, 17 octobre 1996, *Pas*, 1996, I, p.992

⁶⁸ A.M.Stranart, *op.cit.*, p. 133

⁶⁹ Pro : J.L.Van Boxtael, *op.cit.*, p. 228 à 230 ; F.T'Kint, *op.cit.*, p. 163, n° 307 ; J.Stoufflet, *op.cit.*, p.321-322, n°5 à 7 ; P.A.Foriers, « la fiducie en droit belge » in *les opérations fiduciaires*, Paris, Feduci, 1984, p. 276 ; P.Van Ommeslaghe, *op.cit.*, p. 349 Contra : A.M.Stranart, *op.cit.*, p. 136-137

⁷⁰ M.E. Storme, *R.W.*, 1996-1997, p. 1399 : « (...) het arrest van het hof van beroep vaststelt dat de overeenkomst een zakelijke zekerheid stelt buiten de wettelijke regels om en aldus indruist tegen het beginsel van gelijkheid van de schuldeisers (in geval van samenloop) en dat de sanctie daarvan erin bestaat dat aan deze zekerheid elk gevolg wordt ontzegd na het ontstaan van de samenloop.»

- L'inopposabilité aux créanciers en concours d'une convention créant une sûreté réelle non prévue par la loi.
- La nullité de la convention pour contrariété à l'ordre public.

Cependant la Cour de cassation ne se prononce étonnamment pas sur la légalité d'une cession de créance à titre de garantie « attendu que l'arrêt (de la cour d'appel) ne qualifie pas la convention litigieuse de cession de créance ». En effet, celle-ci requalifie la convention en simulation de gage.

Au surplus et pour votre information, l'arrêt de la Cour de cassation affirme le principe selon lequel la dissolution des A.S.B.L. entraîne le concours de créanciers. Il s'agit d'une application par analogie du principe qui concerne les sociétés.

g. Conclusion quant à la sûreté fiduciaire d'œuvres d'art hongrois.

Au vu de tout ce que nous venons d'exposer, il nous semble fortement probable que le transfert de propriété à titre de garantie demandé par la banque Fortas soit inopposable aux tiers (notamment en cas de concours consécutivement à la dissolution de l'A.S.B.L.). De ce fait, cette convention perd tout utilité même entre l'A.S.B.L. et la banque Fortas⁷¹. De plus, sa nullité vous priverait d'un recours en tant que caution (subrogation v.supra).

h. Alternative : le gage

Plusieurs alternatives à la sûreté fiduciaire sont envisageables. Notre choix s'est porté sur le gage, notamment en raison de son fondement légal qui lui assure une reconnaissance devant les juridictions.

En effet, à l'opposé de la sûreté fiduciaire, le contrat de gage constitue une sûreté prévue par la loi.

Il « confère au créancier le droit de se faire payer sur la chose qui en est l'objet, par privilège et préférence aux autres créanciers⁷² ». Ce privilège est donc plus fiable que celui de la sûreté fiduciaire même s'il est moins étendu.

Il se forme par la tradition de la chose au créancier. Cependant il peut être mis en dépôt chez un tiers convenu entre les parties⁷³. La possession de la chose par le créancier ou le tiers convenu entre les parties est la condition d'existence du gage. La perte de possession entraîne la perte du gage.

L'enregistrement de l'acte contenant l'espèce et la nature des choses remises en gage « n'est qu'une » condition d'opposabilité aux tiers. Cela signifie que le débiteur ne peut

⁷¹ T.Bosly, *Rev. Prat. Soc.*, 1997, p. 152

⁷² Article 2073 C.C.

⁷³ Article 2076 C.C.

opposer le défaut d'enregistrement au créancier gagiste⁷⁴. Au regard de la fiducie-sûreté, le gage dûment enregistré⁷⁵ est donc opposable aux tiers.

Le créancier ne peut disposer de la chose mise en gage. En cas d'inexécution de l'obligation principale, la réalisation du gage ne peut être accomplie que par le créancier muni d'un titre exécutoire. Toute clause contraire est nulle⁷⁶. Cette règle assure une plus grande sécurité à l'A.S.B.L.. En effet, la fiducie-sûreté entraîne au contraire le transfert de propriété sans intervention judiciaire. L'A.S.B.L. restera propriétaire des œuvres d'art hongrois sauf inexécution de l'obligation principale et titre exécutoire permettant la réalisation du gage.

En cas de concours de créanciers, le gage confère au créancier un rang préférentiel par rapport aux créanciers démunis de sûreté (créanciers chirographaire).

⁷⁴ Article 2074 C.C.

⁷⁵ Cette règle concerne le gage portant sur une valeur supérieure à 375€.

⁷⁶ Article 2078 . N.B. : Ce qui explique la prohibition de la sûreté fiduciaire.

Troisième partie : conclusion

En ce qui concerne le contrat de cautionnement, nous vous avons soumis les différentes clauses qui limiteraient votre engagement. Nous vous conseillons également de renoncer à la stipulation de solidarité. Mais nous ne pouvons ignorer la pression des institutions bancaires à l'égard de ce type de clause.

Quant à la fiducie-sûreté, son ineffectivité est plus que probable. Ainsi, nous vous avons exposé succinctement les règles en matière de gage. Celles-ci s'analysent comme plus sécurisantes pour les deux parties par rapport à la sûreté fiduciaire.

Si un accord intervient entre l'A.S.B.L. et la banque sur le choix du gage, nous nous tenons à votre disposition pour de plus amples informations. Dans le cas d'un choix autre que le gage, nous sommes à votre entière disposition pour compléter nos recherches.

Nous vous prions de recevoir, Monsieur, l'expression de nos sentiments dévoués

Céline Deschietere

Bibliographie

Législation

Cautionnement

Code civil : articles 224, 1382, 2011 à ,
Loi du 12 juin 1991 sur le crédit à la consommation modifiée par la loi du 24 mars 2003
(entrée en vigueur ce 1^{er} janvier 2004)

Fiducie

Code civil : articles 2076 et 2078
Loi hypothécaire : articles 7, 8 et 9

Jurisprudence

Cautionnement

Cass. 20 décembre 1850, *Pas.*1851, p.228
Cass. 18 juillet 1895, *Pas.* 1895, p.257
Cass, le 5 février 1998, *Pas.* 1998, I, p. 182,n°73
Cass,16 décembre 1994, *R.W.*, 1995-1996, p.322
Bruxelles, le 7 mars 1981, *J.T.* 1981, p.708
Bruxelles, 5 mai 1987, *R.D.C.*, 1989, p. 780
Liège, 30 janvier 2003, *J.T.*, 2003, p. 414

Fiducie

Cass, 17 octobre 1996, *Rev. Banq.*, 1997, p.114, *Pas*, 1996, I, p.992
Bruxelles, 25 mai 1932, *J.P.A.*, p.253
Bruxelles, 18 décembre 1991, *J.T.*, 1992, p. 601
Charleroi, 31 janvier 1996, *J.L.M.B*, 1996, p. 1584

Doctrine

Cautionnement

Ouvrages :

De Page, *Traité de droit civil belge*, VI

Meinertzhagen-Limpens A., *Cautionnement en droit belge*, Bruxelles, Bruylant, 1978

T'Kint F., *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, Larcier, Bruxelles, 1991

Articles :

Dirix E., « variaties op de borgtocht », *R.W.*, 1995-1996, p. 322

Moreau-Margrève I., « les sûretés personnelles » *en droit belge* in *Les sûretés*, Bruxelles, Feduci, 1983,

Vandeputte R., “Overeenkomst”, in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, t. X/2 ,1981

Fiducie

Ouvrages :

Stranart A.M., *Les sûretés*, Bruxelles, Story Scientia, 1992, p.

T'Kint F., *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, Larcier, Bruxelles, 1991

Witz C., *la fiducie en droit français*, Paris, Economica, 1981

Articles :

Bosly T., *Rev. Prat. Soc.*, 1997, p. 152

Bruyneel A., « l'évolution du droit des sûretés » in *Les sûretés*, Feduci, 1983, p.

Foriers P.A., « la fiducie en droit belge » in *les opérations fiduciaires*, Paris, Feduci, 1984

Grégoire M., *J.T.*, 1992, p.603

Peeters I., *Rev.Banq.*, 1997, p.117

Storme M. E., *R.W.*, 1996-1997, p.1398

Stoufflet J., « l'usage de la propriété aux fins de garantie » in *Les sûretés*, Feduci, 1983

T'Kint F., « la fiducie-sûreté » in *Le trust et la fiducie, Implications pratiques*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p

Van Boxstael J.L., « la sûreté fiduciaire », *R.G.D.C*, 1992, p. 217

Van Ommeslaghe P., « les sûretés issues de la pratique et l'autonomie de la volonté » in *Les sûretés*, Feduci, 1983

Table des matières

Première partie : Exposé des faits

Deuxième partie : Les exigences de la banque : les sûretés

A. Justification des sûretés demandées

B. Les sûretés : cautionnement solidaire et transfert de propriété à titre de garantie Généralités

I. Le cautionnement solidaire

- a. *définition, particularité et caractère accessoire*
- b. *rapport entre la caution et l'obligation principale*
 - i) Etendue de l'obligation de la caution
 - ii) Règle particulière pour le cautionnement d'un crédit à la consommation
 - iii) Exécution du cautionnement
- c. *Implications familiales : l'engagement d'une caution mariée et conséquences en cas de décès.*
- d. *Les droits de la caution et la clause de solidarité*
 - i) Bénéfice de discussion et de division
 - ii) Règles particulières au cautionnement d'un crédit à la consommation
 - iii) Effets de la stipulation de solidarité
- e. *Rapport entre la caution et le débiteur principal*
- f. *Conclusion sur la demande de cautionnement solidaire*

II. La fiducie-sûreté

- a. *introduction : les sûretés issues de la pratique*
- b. *définition, particularité et caractères*
- c. *distinction préalable*
- d. *avantages du transfert de propriété d'un bien corporel mobilier à titre de garantie*
- e. *controverse : la validité et l'effectivité du transfert de propriété à titre de garantie*
 - i) le défaut de dessaisissement et la protection due aux tiers
 - ii) la prohibition de clause de voie parée et du pacte commissoire exprès
 - iii) le principe de l'égalité des créanciers en cas de concours sauf cause légitime de préférence (« pas de privilège sans texte »)
 - iv) la prohibition de clause d'inaliénabilité

- f. *L'arrêt de la Cour de cassation : Inopposabilité aux tiers d'une sûreté réelle établie en dehors des règles légales.*
- g. *Conclusion quant à la sûreté fiduciaire d'œuvres d'art hongrois.*
- h. *Alternative : le gage*

Troisième partie : Conclusion

Bibliographie

Table des matières