

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le contrat d'assurance terrestre analysé à l'aune des procédures de faillite et de réorganisation judiciaire (Partie I)

George, Florence; Callewaert, Vincent

Published in:
Bulletin des Assurances

Publication date:
2013

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

George, F & Callewaert, V 2013, 'Le contrat d'assurance terrestre analysé à l'aune des procédures de faillite et de réorganisation judiciaire (Partie I)', *Bulletin des Assurances*, pp. 392-425.

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.

Le contrat d'assurance terrestre analysé à l'aune des procédures de faillite et de réorganisation judiciaire (Partie I)

Florence GEORGE

Avocate au barreau de Huy

Assistante au Centre de droit privé de l'UCL

Vincent CALLEWAERT¹

Avocat au barreau de Bruxelles

Maître de conférences invité à l'UCL

Samenvatting

De afstemming van het verzekeringsrecht en het insolventierecht is een complexe aangelegenheid. Deze bijdrage situeert zich op de kruising van deze twee werelden, waar de verzekeringsovereenkomst tegenover een insolventiesituatie komt te staan. Deel 1 is gewijd aan het schoolvoorbeeld van een dergelijke samenloop, namelijk het faillissement.

Eerst bekijken de auteurs de weerslag van het faillissement van de verzekerde op de verzekeringsovereenkomst. Artikel 32 van de wet op de landverzekeringsovereenkomst regelt het lot van de overeenkomst en primeert boven artikel 46 van de faillissementswet. Het overheersende principe is dat de overeenkomst blijft bestaan. Opzegging is evenwel mogelijk, niet alleen door de curator binnen 3 maanden na het vonnis van faillietverklaring maar ook, na het verstrijken van die termijn, door de verzekeraar.

De toepassing van artikel 32 is uitgesloten in de persoonsverzekeringen en de kredietverzekering. Deze uitsluiting betekent echter niet dat het stelsel van artikel 46 van de faillissementswet zonder voorbehoud van toepassing zou zijn, gezien het specifieke karakter van deze contracten.

Artikel 32 doet een aantal wettelijke en conventionele mechanismen vervallen, zoals het uitdrukkelijk commissoir beding, het eenzijdige opzeggingsbeding en de ontbindende voorwaarde alsook de exceptie van niet-uitvoering.

Niettemin en behoudens rechtsmisbruik, zou de ver-

zekeraar zich volgens de auteurs kunnen beroepen op zijn recht van opzegging na een schadegeval, evenals op zijn recht van opzegging op de vervalddag. Ook de mogelijkheid van opzegging ingevolge een onjuiste aangifte van het risico of niet-meedelen van een verzwaaring van het risico, lijkt niet uitgesloten.

In een tweede luik wordt ingegaan op de rechten van de gezamenlijke schuldeisers op de verzekeringsprestaties bij het faillissement van de verzekerde of van de verzekeringnemer.

Bij zaakverzekeringen komt de vergoeding, overeenkomstig artikel 59 van de wet van 1992, toe aan de gezamenlijke schuldeisers, uitgezonderd de vergoedingen met betrekking tot goederen die niet vatbaar zijn voor beslag.

Bij aansprakelijkheidsverzekeringen wordt de toekenning van de schadevergoeding bij een faillissement van verzekerde geregeld door artikel 86 van de wet op de landverzekeringsovereenkomst. De benadeelde derde kan rechtstreeks een vordering instellen tegen de verzekeraar die de aansprakelijkheid dekt van degene die de schade heeft veroorzaakt. Zo ontsnapt hij aan de samenloop met de schuldeisers van verzekerde.

Wanneer de gefailleerde de benadeelde is, kunnen de schadevergoedingen naar aanleiding van extrapatrimoniale schade door de schuld van een derde, niet aan de curator worden uitgekeerd.

Bij een kredietverzekering doet het faillissement van de verzekerde geen recht op de verzekeringspresta-

1. Les auteurs remercient vivement les Professeurs M. FONTAINE, B. DUBUISSON, J.-M. BINON et P. WERY pour leur relecture attentive et leurs suggestions. Les auteurs assument cependant seuls les positions exprimées dans le cadre de la présente étude.

ties ontstaan. Het is eerder het faillissement van de schuldenaar dat dit gevolg meebrengt. Het faillissement van de verzekerde betekent doorgaans het einde van de betaling van de verzekeringspremies. In de praktijk past de verzekeraar hetzij een opzeggingsclausule toe, ofwel kiest hij voor een definitieve weigering van de dekking overeenkomstig artikel 73 van de wet.

Bij een borgtochtverzekering kan alleen de schuldeiser van de gefailleerde, begunstigde van het contract, een rechtsvordering instellen tegen de verzekeraar-borgsteller bij niet-betaling door de schuldenaar. De curator staat hier volledig buiten. De verzekeraar die heeft betaald, kan daarna aangifte doen van schuldvordering in het faillissement, zij het slechts ten belope van de betaalde bedragen.

Bij persoonsverzekeringen is het belangrijk om de levensverzekering van de andere verzekeringen te onderscheiden.

Bij een levensverzekering komt de uitoefening van de rechten van afkoop, reductie, voorschot, overdracht of inpandgeving, begunstiging of herroeping alleen toe aan de verzekeringnemer. De curator kan deze rechten niet uitoefenen, en ze ook niet opleggen aan de gefailleerde. Sommige handelingen van de verzekeringnemer kunnen evenwel niet tegenwerpbaar worden verklaard, met name wanneer ze plaatshebben in de verdachte periode. De rechten van de curator op de vervallen prestaties hangen af van de aanwijzing van de begunstigde.

Bij bedrijfsleidersverzekeringen werd aanvaard dat de curator het recht kon uitoefenen op afkoop van de wiskundige reserve. Bovendien kwam, als het risico zich voordeed, het kapitaal toe aan de failliete boedel. Deze verzekering is echter, door de recente wetswijzigingen, in onbruik geraakt.

Bij groepsverzekeringen doet het faillissement van de verzekeringnemer voor de vennoten specifieke rechten ontstaan op de verworven reserves.

Bij een verzekering met reconstitutie van het kapitaal, biedt artikel 26, §3 van de wet op het hypothecair krediet de kredietgever de mogelijkheid om zich in te dekken tegen het faillissement van de verzekering/kredietnemer door de afkoop van het toegevoegde contract te zijnen gunste te bedingen. Dit afkooprecht zal dus niet exclusief voorbehouden zijn voor de verzekeringnemer.

Het laatste hoofdstuk van deze studie is gewijd aan het voorrecht van de zaakverzekeraar.

De verzekeraar die geconfronteerd wordt met het faillissement van zijn verzekerde, moet snel een aan-

gifte van schuldvordering indienen, wil hij zijn rechten in het kader van de verdeling van de activa van het faillissement kunnen doen gelden.

De zaakverzekeraar heeft een voorrecht dat hem de terugbetaling van twee jaarpremies verzekert. Door dit voorrecht kan hij bij tegeldemaking van de verzekerde zaak, bij voorrang uit de opbrengst worden vergoed.

Résumé

L'articulation du droit des assurances et du droit de l'insolvabilité suscite de nombreuses interrogations. La présente contribution s'inscrit au croisement de ces deux mondes, là où le contrat d'assurance se voit confronté à une situation d'insolvabilité. La première partie est consacrée à la situation de concours par excellence que constitue la faillite.

Dans un premier temps, les auteurs abordent l'incidence de la faillite de l'assuré sur le contrat d'assurance. L'article 32 de la loi sur le contrat d'assurance terrestre règle le sort du contrat et prime l'article 46 de la loi sur les faillites. Le principe qui prévaut consiste en la poursuite du contrat. Une possibilité de résiliation est toutefois ouverte non seulement au curateur endéans les 3 mois suivant le jugement déclaratif mais également, après l'écoulement de ce délai, à l'assureur.

L'application de l'article 32 est exclue en assurances de personnes et en assurance-crédit. Cette exclusion n'entraîne toutefois pas de retour sans réserve au régime de l'article 46 de la loi sur les faillites vu les spécificités de ces contrats.

L'article 32 prive d'effets certains mécanismes légaux et conventionnels tels que le pacte commissoire exprès, la clause de résiliation unilatérale et la condition résolutoire ainsi que l'exception d'inexécution.

Néanmoins, sauf abus de droit, l'assureur pourrait se prévaloir, selon les auteurs, de son droit de résiliation après sinistre ainsi que de son droit de résiliation à l'échéance. Les hypothèses de résiliation qui font suite à une déclaration inexacte du risque voire à l'absence de déclaration d'une aggravation du risque ne semblent également pas prohibées.

Dans un second volet, les auteurs développent les droits de la masse des créanciers sur les prestations d'assurance lors de la faillite de l'assuré ou du preneur d'assurance.

En assurance de choses, l'indemnité, conformément

à l'article 59 de la loi de 1992, revient à la masse des créanciers à l'exception des indemnités relatives à des biens insaisissables.

En assurance de la responsabilité, le sort à réserver à l'indemnité d'assurance en cas de faillite de l'assuré est fixé par l'article 86 de la loi sur le contrat d'assurance terrestre. Le tiers victime dispose d'une action directe à l'encontre de l'assureur qui couvre la responsabilité de l'auteur de son dommage. Il échappe ainsi au concours des créanciers de l'assuré.

Lorsque le failli est la victime, les indemnités qui résultent d'un préjudice extrapatrimonial causé par la faute d'un tiers ne pourront pas être versées au curateur.

En assurance-crédit, la faillite de l'assuré n'ouvre pas le droit aux prestations d'assurances. C'est davantage la faillite du débiteur de l'assuré qui emporte cette conséquence. La faillite de l'assuré entraîne généralement la fin du paiement des primes d'assurance. L'assureur, en pratique, soit met en œuvre une clause de résiliation, soit opte pour un refus définitif de garantie conformément à l'article 73 de la loi.

En assurance-caution, seul le créancier du failli, bénéficiaire du contrat, dispose d'une action à l'encontre de l'assureur-caution en cas de non-paiement du débiteur. Le curateur y reste étranger. L'assureur qui aura payé pourra ensuite introduire une déclaration de créance à la faillite mais uniquement à concurrence des montants déboursés.

En assurance de personnes, il importe de distinguer l'assurance vie des autres assurances.

En assurance vie, l'exercice des droits de rachat, réduction, avance, cession ou mise en gage, d'attribution ou de révocation relève uniquement du ressort du preneur d'assurance. Le curateur ne pourra ni les exercer, ni même les imposer au failli. Certains actes du preneur d'assurance pourront toutefois être déclarés inopposables notamment lorsqu'ils sont exercés durant la période suspecte. Les droits du curateur sur les prestations arrivant à échéance seront fonction de la désignation du bénéficiaire.

En assurance dirigeant d'entreprise, on admettait que le curateur puisse exercer le droit au rachat de la réserve mathématique. De surcroît, lorsque le risque se réalisait, le capital revenait à la masse faillie. Cette

assurance est toutefois, vu les récentes modifications législatives, tombée en désuétude.

En assurance groupe, la faillite du preneur d'assurance ouvre aux affiliés des droits spécifiques sur les réserves acquises.

En assurance reconstitution du capital, l'article 26, §3 de la loi relative au crédit hypothécaire permet au prêteur de se prémunir contre la faillite du preneur / emprunteur en stipulant à son bénéfice le rachat du contrat adjoint. Ce droit au rachat ne sera donc pas exclusivement réservé au preneur.

Le dernier chapitre de la présente étude est consacré au privilège de l'assureur de choses.

L'assureur confronté à la faillite de son assuré doit veiller à déposer rapidement une déclaration de créance s'il entend pouvoir exercer ses droits dans le cadre de la répartition des actifs de la faillite.

L'assureur de choses bénéficie d'un privilège qui garantit le remboursement de deux annuités de primes. Ce privilège lui permettra d'être désintéressé par priorité sur le prix de réalisation de la chose assurée.

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	394
Partie 1. Contrats d'assurance et faillite	395
Chapitre 1. Sort des contrats en cours en cas de faillite de l'assuré	395
Chapitre 2. Les droits de la masse des créanciers sur les prestations d'assurance au regard des lois du 25 juin 1992 et du 8 août 1997	404
Chapitre 3. Le privilège de l'assureur	423

Introduction

1. Assurance et insolvabilité. Le droit des assurances et le droit dit de l'insolvabilité sont régis par des législations particulières. L'articulation de ces deux matières, qui évoluent généralement en vase clos, a fait émerger de nombreuses controverses².

2. B. WINDEY, suite à l'entrée en vigueur de la loi du 8 août 1997, écrivait d'ailleurs: «Het samengaan van het insolventierecht en het verzekeringrecht is geen voor de hand liggende combinatie (...) Het afwegen van de specifieke regels van het verzekeringrecht tegen deze van het insolventierecht is dikwijls dansen op een slappe koord» (B. WINDEY, «De verzekeringnemer in de nieuwe insolventiewetgeving», in X., *Actualia verzekeringen*, Anvers, Maklu, 2000, p. 310). Le même constat est effectué par d'autres auteurs, notamment B. CLOOTS, M.-C. VANDERHAEGEN, «Afskoop van levensverzekeringen na faillissement», note sous Comm. Turnhout, 5 novembre 2002, *R.D.C.*, 2004, pp. 598-600.

Depuis son entrée en vigueur, la loi sur le contrat d'assurance terrestre a connu bon nombre de modifications³. Le contrôle du secteur financier⁴ ainsi que le domaine de l'assurance groupe ont également été réformés.

Parallèlement, le droit de l'insolvabilité a connu plusieurs modifications significatives.

D'une part, la loi du 8 août 1997⁵ sur les faillites, fruit de plusieurs projets de refonte de la loi du 18 avril 1851⁶, est venue consacrer différentes pratiques des cours et tribunaux. Cette codification de l'ensemble de la matière est désormais bien ancrée dans notre système législatif.

D'autre part, la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises⁷ a récemment redéfini le panel des outils offerts aux entreprises en difficulté. L'heure est désormais à une politique de sauvetage des entreprises. Il ne s'agit pas de remettre en cause le principe selon lequel les entreprises dont la situation est irrémédiablement compromise doivent être écartées du circuit économique et ne doivent pas être maintenues en survie artificielle. L'objectif de maintien des activités d'une entreprise ne se justifie qu'en présence de perspectives de prospérité.

La présente contribution s'inscrit au croisement de ces deux mondes, là où le contrat d'assurance se voit confronté à une situation d'insolvabilité. Le caractère persistant de la crise économique que traverse notre royaume impose en effet aux parties au contrat d'assurance d'avoir une vue précise sur les droits et obligations qui s'imposent à eux en cas de faillite et/ou de réorganisation judiciaire de l'un d'eux.

Dans la **première partie**, c'est la procédure de faillite qui retiendra notre attention.

Dans la **seconde partie**, nous parcourons la procédure de réorganisation judiciaire.

Partie 1. Contrats d'assurance et faillite

2. Plan. Nous reviendrons, tout d'abord, sur le sort des contrats en cours et, plus spécifiquement, sur celui du contrat d'assurance en cas de faillite de l'assuré (Chapitre 1). L'étude de la loi du 25 juin 1992⁸ nous permettra d'appréhender notamment l'incidence de la faillite sur les mécanismes de suspension de la garantie pour non-paiement des primes, de résiliation à l'échéance et d'aggravation du risque.

Les droits de la masse des créanciers sur les prestations d'assurance seront ensuite analysés (Chapitre 2). Chaque type de contrat d'assurance fera l'objet d'une section séparée.

Un détour par le privilège de l'assureur nous permettra de rappeler les traits caractéristiques de ce mécanisme propre au droit des sûretés (Chapitre 3).

Chapitre 1. Sort des contrats en cours en cas de faillite de l'assuré

3. Introduction. Le sort des contrats d'assurance terrestre lors de la survenance d'une faillite est déterminé par l'article 32 de la loi du 25 juin 1992. Généralement, c'est pourtant l'article 46 de la loi sur les faillites⁹ qui règle l'incidence de la faillite sur les contrats.

Dans un premier temps, nous reviendrons donc sur l'articulation entre l'article 32 de la loi sur le contrat d'assurance terrestre et l'article 46 de la loi sur les faillites (Section 1). Le régime particulier réservé au contrat d'assurance terrestre sera ensuite abordé (Section 2). Nous analyserons également sur le sort des contrats en cours en cas de faillite tel que régi par l'article 46 de la loi sur les faillites (Section 3). L'occasion nous sera ainsi offerte de pointer les divergences et convergences entre les principes du droit des assurances et du droit de la faillite. Les contrats d'assurance qui restent soumis à la loi de 1874 feront enfin l'objet d'une dernière section (Section 4).

Section 1. Articulation entre la loi sur le contrat d'assurance terrestre et la loi sur les faillites

4. Prééminence de l'article 32 de la loi sur le contrat d'assurance terrestre. L'article 32 de la loi sur le contrat d'assurance terrestre dispose qu'

«en cas de faillite du preneur, l'assurance subsiste au profit de la masse des créanciers qui devient débitrice envers l'assureur du montant des primes à échoir à partir de la déclaration de la faillite.

L'assureur et le curateur de la faillite ont néanmoins le droit de résilier le contrat. Toutefois, la résiliation du contrat par l'assureur ne peut se faire au plus tôt que trois mois après la déclaration de la faillite tandis que le curateur de la faillite ne peut résilier le contrat que dans les trois mois qui suivent la déclaration de la faillite.

Le présent article ne s'applique pas aux assurances de personnes».

Ce dernier vient contrecarrer l'article 46 de la loi sur les faillites qui prévoit que

«Dès leur entrée en fonctions, les curateurs décident sans délai s'ils poursuivent l'exécution des contrats conclus avant la date du jugement déclaratif de la

3. Pour un inventaire récent de ces modifications, voy. not.: M. FONTAINE, «La loi du 25 juin 1992 à 20 ans», in *La loi sur le contrat d'assurance terrestre. Bilan et perspectives après 20 années d'application*, sous la dir. de B. DUBUISSON et V. CALLEWAERT, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 5-19.

4. Voy. X., *Réforme du contrôle du secteur financier (Twin Peaks)*, Dossier 2011 du Bulletin des assurances, Waterloo, Kluwer, 2011.

5. Loi du 8 août 1997 sur les faillites, *M.B.*, 28 octobre 1997.

6. Loi du 18 avril 1851 sur les banqueroutes, faillites et sursis, *M.B.*, 24 avril 1851.

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

8. Loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre, *M.B.*, 20 août 1992.

9. Loi du 8 août 1997 sur les faillites, *M.B.*, 28 octobre 1997.

faillite et auxquels ce jugement ne met pas fin».

On se trouve en effet en présence de deux régimes qui règlent différemment le sort des contrats en cours¹⁰.

Quel régime doit l'emporter sur l'autre¹¹? En faveur de l'article 46, on dénombre les arguments suivants. La loi sur les faillites est d'ordre public tandis que la loi du 25 juin 1992 n'est qu'impérative¹². De surcroît, l'adage «*lex posterior derogat priori*» fait pencher la balance en faveur de l'article 46.

Néanmoins, le conflit s'est finalement résolu en faveur de l'article 32: «*Lex specialis derogat legi generali*»¹³⁻¹⁴. On concède, à l'appui de cette solution, que l'article 32 de la loi sur le contrat d'assurance terrestre ne porte pas atteinte au caractère d'ordre public de la loi sur les faillites vu qu'il offre une protection plus grande¹⁵. Le failli reste en effet à l'abri d'une résiliation de son assureur pendant une période de trois mois.

L'article 46 ne doit toutefois pas être jeté aux oubliettes en matière d'assurance. Cette disposition reste en effet applicable, avec les quelques nuances que nous verrons *infra*, à tous les contrats d'assurance qui échappent à la règle de l'article 32.

Section 2. L'article 32 de la loi sur le contrat d'assurance terrestre

5. Introduction. Notre attention portera tout d'abord sur l'article 32 de la loi qui gouverne la question de la faillite du preneur d'assurance (A). Ensuite, le sort spécifique réservé aux assurances de personnes et à l'assurance-crédit retiendra notre intérêt (B). Le sort des contrats est une chose, celui des mécanismes qu'il comporte, une autre. Aussi, nous épinglerons les incidences de la faillite sur certains de ces mécanismes (C). Enfin, nous nous interrogerons sur les possibilités de contourner les exigences de l'article 32 au moyen d'autres articles de la loi de 1992 (D).

A. Le principe de l'article 32 de la loi du 25 juin 1992

6. Une disposition particulière. Nous avons vu que, malgré la portée générale de l'article 46 de la loi sur les faillites, le contrat d'assurance, à l'instar du contrat d'agence commerciale et du contrat relatif aux droits de propriété intellectuelle, est régi par des dispositions spécifiques¹⁶. C'est l'article 32 de la loi du 25 juin 1992 qui trouvera à s'appliquer.

Partant, dans les contrats d'assurance terrestre, un temps de réflexion doit être accordé par l'assureur au curateur¹⁷. L'article 32 est en effet impératif. Le curateur dispose d'un délai de 3 mois pour prendre position sur la poursuite ou non du contrat sans que l'assureur n'ait le droit de résilier ou suspendre le contrat¹⁸. Cette faculté temporaire de résiliation du curateur est contrebalancée par la possibilité, dans le chef de l'assureur, de résilier ou suspendre le contrat une fois le délai écoulé¹⁹. L'assureur ne peut pas non plus faire dépendre la poursuite de la couverture du risque du paiement intégral de toutes les primes échues²⁰.

Le principe du maintien du contrat, que nous retrouvons dans l'article 46 de la loi sur les faillites, est ainsi réaffirmé, à tout le moins dans un premier temps²¹. L'objectif est, en réalité, de permettre au curateur de disposer du temps nécessaire pour juger de l'opportunité du maintien des garanties, voire de conclure un nouveau contrat d'assurance auprès d'une autre compagnie²². La résiliation du contrat d'assurance par le curateur après l'écoulement du délai de trois mois, sur la base de l'article 46, est exclue. Cependant, une fois le délai écoulé, le curateur recouvrera son droit de résiliation sur la base du droit commun (résiliation à l'échéance (art. 30), après sinistre (art. 31), ...).

Les inconvénients que présente le régime précité pour l'assureur ne sont pas à négliger: il reste en effet tenu alors même que «le risque subit peut-être une impor-

10. M. DE GRAEVE, B. WINDEY, «Gerechtigd akkoord en faillissement. Verzekeringsaspecten», in *Gerechtigd Akkoord en Faillissement*, Antwerpen, Kluwer, 2000, hoofdstuk IX, n°47.
11. Voy. également B. WINDEY, «De verzekeringnemer in de nieuwe insolventiewetgeving», in X., *Actualia verzekeringen*, Anvers, Maklu, 2000, p. 315 et D. VERCRUYSSSE, «De bestaande overeenkomsten en het faillissement anno 2012: enige specifieke toepassingen», in X. *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen II*, Intersentia, Anvers, 2010, p. 183.
12. Voy. A. DE WILDE, «Faillissement en lopende overeenkomsten», in X., *Gerechtigd akkoord en faillissement*, Malines, Kluwer, 2012, p. II.E.32-27 qui fait toutefois primer la loi sur le contrat d'assurance terrestre.
13. M. DE GRAEVE, B. WINDEY, «Gerechtigd akkoord en faillissement. Verzekeringsaspecten», in *Gerechtigd Akkoord en Faillissement*, Antwerpen, Kluwer, 2000, hoofdstuk IX, n°45; M. FONTAINE, *Droit des assurances*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 293, n°441; D. VERCRUYSSSE, «De bestaande overeenkomsten en het faillissement anno 2012: enige specifieke toepassingen», in X. *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen II*, Intersentia, Anvers, 2010, p. 183; I. VEROUGSTRATE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 582. Voy. également *Bull. Q. et R., Ch. Repr.*, 49^e législ. 1995-1999, n°138, pp. 19.078-19.080 cité par M. FONTAINE, *Droit des assurances*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 293, n°441.
14. La loi du 8 août 1997 est générale en ce sens qu'elle s'applique à l'ensemble des contrats. La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre l'emporte donc vu son caractère «spécial».
15. A. DE WILDE, «Faillissement en lopende overeenkomsten», in X., *Gerechtigd akkoord en faillissement*, Malines, Kluwer, 2012, p. II.E.32-27.
16. D. VERCRUYSSSE, «De bestaande overeenkomsten en het faillissement anno 2012: enige specifieke toepassingen», in X. *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen II*, Intersentia, Anvers, 2010, p. 182.
17. D. VERCRUYSSSE, «De bestaande overeenkomsten en het faillissement anno 2012: enige specifieke toepassingen», in X. *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen II*, Intersentia, Anvers, 2010, p. 182; I. VEROUGSTRATE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 581.
18. A. DE WILDE, «Faillissement en lopende overeenkomsten», in X., *Gerechtigd akkoord en faillissement*, Malines, Kluwer, 2012, p. II.E.32-25.
19. I. VEROUGSTRATE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 581.
20. A. DE WILDE, «Faillissement en lopende overeenkomsten», in X., *Gerechtigd akkoord en faillissement*, Malines, Kluwer, 2012, p. II.E.32-26.
21. P. COLLE, P. VANLERSBERGHE, «Verzekeringen en faillissement», *Bull. Ass.*, 1997, n°318, p. 10; M. FONTAINE, *Droit des assurances*, Bruxelles, Larcier, 2006, n°439, p. 292; A. DE WILDE, «Faillissement en lopende overeenkomsten», in X., *Gerechtigd akkoord en faillissement*, Malines, Kluwer, 2012, p. II.E.32-25.
22. Voy. M. DE GRAEVE, B. WINDEY qui ajoutent que le curateur aura ainsi la possibilité de prendre connaissance de l'entreprise et de ses besoins afin de décider d'une éventuelle résiliation en parfaite connaissance de cause («Gerechtigd akkoord en faillissement. Verzekeringsaspecten», in *Gerechtigd Akkoord en Faillissement*, Antwerpen, Kluwer, 2000, hoofdstuk IX, n°45).

tante modification»²³. On notera toutefois qu'une fois le délai de trois mois écoulé, le droit de résiliation dont bénéficie l'assureur n'est soumis à aucune limite temporelle²⁴. P. Colle souligne, à juste titre, que l'exercice de ce droit après l'écoulement d'un certain laps de temps pourrait cependant être constitutif, en fonction des circonstances, d'un abus de droit²⁵.

L'exercice du droit de résiliation est soumis aux formalités reprises à l'article 29 de la loi du 25 juin 1992²⁶. En son paragraphe premier, cet article dispose que «la résiliation n'a d'effet qu'à l'expiration d'un délai d'un mois minimum à compter du lendemain de la signification ou de la date du récépissé ou, dans le cas d'une lettre recommandée, à compter du lendemain de son dépôt à la poste». Concrètement, l'assureur doit par conséquent attendre au minimum quatre mois pour être libéré de ses obligations²⁷.

7. Les primes impayées: dettes de la masse²⁸ et dettes dans la masse²⁹? Les primes impayées antérieures au jugement déclaratif de faillite constituent des dettes dans la masse. Le principe ne prête pas à discussion. L'assureur pourra, le cas échéant, se prévaloir du privilège de l'article 60 de la loi de 1992 (voy. *infra* n° 87 et s.)³⁰.

Le sort à réserver aux primes ultérieures diffère. Ces dernières seront qualifiées de dettes de la masse³¹. Il s'agit, selon la Cour de cassation, des engagements contractés *qualitate qua* par le curateur ou le liquidateur «en vue de l'administration de ladite masse notamment en poursuivant l'activité commerciale de la société, en exécutant les conventions que celle-ci a conclues ou encore en utilisant les meubles ou les immeubles de la société en vue d'assurer l'administration convenable de la liquidation»³². Les dettes de la masse échappent au concours des créanciers et sont payées par le curateur avant toute répartition³³.

D'aucuns avancent toutefois que si le curateur résilie le contrat au cours du délai de trois mois prévu par l'article 32, l'assureur reste un créancier dans la masse³⁴: «Deze premies worden niet aangemerkt als schulden van de boedel, indien de curator de verzekeringsovereenkomst beëindigt, aangezien ze niet vrijwillig door de curator zijn aangegaan met het oog op het beheer van het faillissement. De voorlopige voortzetting van de verzekeringsovereenkomst gebeurt immers van rechtswege, terwijl de opzegging erop wijst dat de curator de verzekeringsovereenkomst niet wil voortzetten»³⁵⁻³⁶. Cette solution nous paraît pouvoir être approuvée dans la mesure où les dettes contractées par le curateur *qualitate qua* ne l'ont pas été en vue de répondre aux besoins de l'administration de la masse³⁷.

B. Exclusion des assurances de personnes et de l'assurance-crédit

8. Premier cas d'exclusion: les assurances de personnes. Le libellé de l'article 32 est dénué d'ambiguïté: cet article «ne s'applique pas aux assurances de personnes».

Les travaux préparatoires nous éclairent sur les raisons de cette exclusion³⁸.

En matière d'assurance vie, assurance qui appartient à la catégorie plus large des assurances de personnes, la plupart des droits sont personnels au failli et le curateur y est étranger. M. Fontaine ajoute: «L'assurance vie a un caractère *intuitu personae*. En outre les conséquences de la cessation de paiement de la prime font l'objet d'un régime particulier (art. 104); certains droits du preneur en pareille circonstance lui sont

23. M. FONTAINE, *Droit des assurances*, Bruxelles, Larcier, 2010, n°440, p. 312.

24. P. COLLE, P. VANLERSBERGHE, «Verzekeringen en faillissement», *Bull. Ass.*, 1997, n°318, p. 14.

25. P. COLLE, P. VANLERSBERGHE, «Verzekeringen en faillissement», *Bull. Ass.*, 1997, n°318, p. 14.

26. D. VERCRUYSSSE, «De bestaande overeenkomsten en het faillissement anno 2012: enige specifieke toepassingen», in X. *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen II*, Intersentia, Anvers, 2010, p.182.

27. B. WINDEY, «De verzekeringnemer in de nieuwe insolventiewetgeving», in X., *Actualia verzekeringen*, Anvers, Maklu, 2000, pp. 313-314; M. DE GRAEVE, B. WINDEY, «Gerechtigd akkoord en faillissement. Verzekeringsaspecten», in *Gerechtigd Akkoord en Faillissement*, Antwerpen, Kluwer, 2000, hoofdstuk IX, n°45; D. VERCRUYSSSE, «De bestaande overeenkomsten en het faillissement anno 2012: enige specifieke toepassingen», in X. *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen II*, Intersentia, Anvers, 2010, p. 182.

28. Notion consacrée par la Cour de cassation dans son arrêt du 30 mai 1968 (Voy. M. GREGOIRE, *Procédures collectives d'insolvabilité*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 42). La notion de dettes de la masse a fortement évolué. Elle vise aujourd'hui les dettes contractées *qualitate qua* par le curateur en vue de l'administration de la masse, dettes qui échappent au concours.

29. Les dettes dans la masse regroupent les dettes qui sont soumises aux effets et restrictions du concours.

30. M. DE GRAEVE, B. WINDEY, «Gerechtigd akkoord en faillissement. Verzekeringsaspecten», in *Gerechtigd Akkoord en Faillissement*, Antwerpen, Kluwer, 2000, hoofdstuk IX, n°64.

31. B. WINDEY, «De verzekeringnemer in de nieuwe insolventiewetgeving», in X., *Actualia verzekeringen*, Anvers, Maklu, 2000, p. 321; M. FONTAINE, *Droit des assurances*, Bruxelles, Larcier, 2010, n°439, p. 312; A. DE WILDE, «Faillissement en lopende overeenkomsten», in X., *Gerechtigd akkoord en faillissement*, Malines, Kluwer, 2012, p. II.E.32-2.

32. Voy. I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, n°3.4.2.17. avec les références citées ainsi que Cass., 26 octobre 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 364.

33. M. FONTAINE, *Droit des assurances*, Bruxelles, Larcier, 2010, n°439, p. 312; F. T'KINT, W. DERIJCKE, *La faillite*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 220, n°226.

34. A. DE WILDE, «Faillissement en lopende overeenkomsten», in X., *Gerechtigd akkoord en faillissement*, Malines, Kluwer, 2012, p. II.E.32-27; I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 582. *Contra*: B. WINDEY, «De verzekeringnemer in de nieuwe insolventiewetgeving», in X., *Actualia verzekeringen*, Anvers, Maklu, 2000, p. 321; P. COLLE, P. VANLERSBERGHE, «Verzekeringen en faillissement», *Bull. Ass.*, 1997, n°318, p. 14; M. DE GRAEVE, B. WINDEY, «Gerechtigd akkoord en faillissement. Verzekeringsaspecten», in *Gerechtigd Akkoord en Faillissement*, Antwerpen, Kluwer, 2000, hoofdstuk IX, n°63.

35. A. DE WILDE, «Faillissement en lopende overeenkomsten», in X., *Gerechtigd akkoord en faillissement*, Malines, Kluwer, 2012, p. II.E.32-27.

36. Traduction libre: «Ces primes ne sont pas considérées comme des dettes de la masse si le curateur met fin au contrat d'assurance étant donné qu'elles ne sont pas souscrites volontairement par le curateur en vue de l'administration de la faillite. La poursuite du contrat d'assurance a lieu de plein droit tandis que la résiliation indique que le curateur ne veut pas poursuivre le contrat d'assurance».

37. Voy. M. GREGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 114-124 et les arrêts cités suivants Cass., 20 juin 1975, *Pas.*, 1975, I, p. 1017; Cass., 28 avril 1983, *Pas.*, 1983, I, p. 972; Cass., 16 juin 1988, *Pas.*, 1988, p. 1250.

38. Projet de loi sur le contrat d'assurance terrestre, Exposé des motifs, Ch. Repr., 48^e, sess. ord. 1990-1991, n°1586-1, p. 34.

propres et ne peuvent être exercés par ses créanciers (art.114)»³⁹.

Quant aux autres assurances de personnes, le législateur estime qu'une dérogation au droit commun est inutile: les rapports entre assureur et preneur sont généralement étrangers à la masse.

L'article 32 ne trouve donc pas à s'appliquer aux assurances de personnes. Quel sort réserver au contrat? Doit-on privilégier la dissolution ou la poursuite de ce contrat? D'un côté, l'article 46 de la loi du 8 août 1997 prône le maintien du contrat. C. Devoet estime ainsi que «la faillite de l'assuré n'entraîne pas la cessation du contrat, lorsqu'il s'agit d'une assurance de personnes»⁴⁰.

De l'autre, le caractère *intuitu personae*⁴¹ de ce contrat constitue une exception au principe érigé par l'article 46 (sur la pertinence de cette qualification et ses effets voy. *infra* n° 21 et 23) et fait pencher la balance en faveur d'une dissolution de plein droit.

P. Colle indique qu'en pratique, la faillite entraîne souvent la réduction du contrat vu l'impossibilité pour le failli de payer les primes⁴². Aucune solution claire et définitive n'est apportée en jurisprudence et en doctrine. La seule certitude reste que le caractère personnel des droits⁴³ qui découlent du contrat d'assurance a pour conséquence l'impossibilité pour le curateur de prendre position sur la poursuite ou le maintien de cette catégorie de contrat⁴⁴.

9. Illustration. L'assurance hospitalisation en tant qu'assurance de personnes échappe donc à l'article 32. Bien que cet article ne s'applique pas aux assurances de personnes, la question se pose de savoir s'il appartient aux parties de se conformer, pour les assurances de personnes autres que sur la vie⁴⁵, au prescrit, entre autres, de l'article 29⁴⁶ de la loi du 25 juin 1992⁴⁷.

Les ordonnances ING, Fortis et DKV⁴⁸ nous permettent d'illustrer cette problématique. Dans ces affaires, en dépit de l'exclusion prévue à l'article 32, la présidente du tribunal de commerce de Bruxelles décida que la clause qui prévoit que le contrat d'assurance hospita-

lisation prend fin en cas de faillite du preneur d'assurance est contraire à l'article 32 de la loi sur le contrat d'assurance terrestre.

L. Kerzmann⁴⁹ critiqua fermement cette décision. Le point de vue de l'annotatrice est le suivant: vu que l'article 32 ne s'applique pas aux assurances de personnes telles que l'assurance hospitalisation, aucune disposition ne fait obstacle à l'insertion d'une clause prévoyant la fin du contrat en cas de faillite. Il s'agit, en réalité, d'une application des principes généraux qui régissent le sort des contrats en cours en cas de faillite. La clause de résiliation unilatérale et le pacte commissaire exprès font, en effet, exception au principe de maintien du contrat dégagé à l'article 46 de la loi du 8 août 1997.

Cette position n'est toutefois pas admise par tous les auteurs. J.-M. Binon⁵⁰, dont nous partageons le point de vue, laisse entendre que pareille clause serait illicite. La résiliation «d'office, avec effet immédiat» en cas de faillite ne peut être prévue au moyen d'une clause qui ne respecterait pas les articles 14 et s. de la loi du 25 juin 1992.

10. Deuxième cas d'exclusion: l'assurance-crédit. La deuxième exception vise le contrat d'assurance-crédit et découle de l'article 71, alinéa 1^{er} de la loi sur le contrat d'assurance terrestre.

Cet article rend inapplicable l'article 32 à l'assurance-crédit. On le concède aisément: la méthode du renvoi adoptée par le législateur pêche par son manque de simplicité et de clarté. Il eût été plus opportun d'insérer directement cette deuxième exclusion dans l'article 32 plutôt que dans un article 71.

11. Définition, particularités et dispositions applicables. Le contrat d'assurance-crédit garantit l'assuré, conformément à l'article 70 de la loi du 25 juin 1992, contre les risques de non-paiement de créances. Il ressortit de la catégorie des contrats *intuitu personae*⁵¹⁻⁵² dans la mesure où la considération de la personne de l'assuré revêt généralement une grande importance⁵³.

39. M. FONTAINE, *Droit des assurances*, Bruxelles, Larcier, 2010, n°442, p. 314.

40. C. DEVOET, «Quelques réflexions sur l'assurance revenu garanti», *Forum de l'assurance*, 2008, pp. 50-54, note sous Liège, 17 octobre 2007.

41. Voyez sur la qualification de contrat *intuitu personae*, M. FONTAINE, *Droit des assurances*, Bruxelles, Larcier, 2010, n°442, p. 314. Voy. également P. COLLE, P. VANLERSBERGHE, «Verzekeringen en faillissement», *Bull. Ass.*, 1997, p. 16, n°13 qui renvoient aux travaux préparatoires.

42. P. COLLE, P. VANLERSBERGHE, «Verzekeringen en faillissement», *Bull. Ass.*, 1997, p. 18, n°16.

43. Voy. P. COLLE qui estime que le caractère personnel des droits qui découlent du contrat d'assurance entraîne l'interdiction pour le curateur de décider de la poursuite ou de la fin du contrat: ce droit appartient exclusivement au preneur d'assurance («Groepsverzekering: niet-betaling van de premies, beëindiging van de arbeidsovereenkomst en faillissement», in X., *Liber Amicorum René Van Gompel*, Diegem, Kluwer, 1998, p. 71).

44. P. COLLE, P. VANLERSBERGHE, «Verzekeringen en faillissement», *Bull. Ass.*, 1997, p. 18, n°16; P. COLLE, «Groepsverzekering: niet-betaling van de premies, beëindiging van de arbeidsovereenkomst en faillissement», in X., *Liber Amicorum René Van Gompel*, Diegem, Kluwer, 1998, p. 71.

45. En présence d'assurances de personnes sur la vie, l'article 16, alinéa 5 de la loi du 25 juin 1992 est d'application.

46. Cet article renvoie aux articles 16 et 15 (et indirectement à l'article 14) de la même loi.

47. B. WINDEY, «De verzekeringnemer in de nieuwe insolventiewetgeving», in X., *Actualia verzekeringen*, Anvers, Maklu, 2000, p. 317; M. DE GRAEVE, B. WINDEY, «Gerechtigd akkoord en faillissement. Verzekeringsaspecten», in *Gerechtigd Akkoord en Faillissement*, Antwerpen, Kluwer, 2000, hoofdstuk IX, n°53; D. VERCRUYSSSE, «De bestaande overeenkomsten en het faillissement anno 2012: enige specifieke toepassingen», in X. *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen II*, Intersentia, Anvers, 2010, p. 184.

48. Comm. Bruxelles (cess.), 16 juin 2003, *R.D.C.*, 2003, pp. 900-908.

49. L. KERZMANN, «Du neuf en matière de clauses et de pratiques abusives en assurances de personnes. Commentaires des ordonnances ING, Fortis AG et DKV du 16 juin 2003», *D.C.C.R.*, 2004, n°63, p. 64.

50. J.-M. BINON, *Droit des assurances de personnes*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 58.

51. P. COLLE, P. VANLERSBERGHE, «Verzekeringen en faillissement», *Bull. Ass.*, 1997, n°32, p. 26; P. BECUE, *Handboek kredietverzekering. De onzichtbare bank*, Anvers, Intersentia, 2008, p. 640; E. RIGUELLE, «L'assurance-crédit. Outil de prévention et assurance contre les défaillances de paiement», *Bull. Ass.*, 2010, n°371, p. 141.

52. Ce caractère *intuitu personae* est reconnu uniquement dans le chef de l'assuré (P. BECUE, *Handboek kredietverzekering. De onzichtbare bank*, Anvers, Intersentia, 2008, p. 641).

53. E. RIGUELLE, «L'assurance-crédit. Outil de prévention et assurance contre les défaillances de paiement», *Bull. Ass.*, 2010, n°371, p. 141.

Le risque d'insolvabilité est notamment fonction du comportement de l'assuré qui devra entamer, de manière diligente, les démarches afin de récupérer sa créance.

La loi sur le contrat d'assurance terrestre consacre sept dispositions particulières à l'assurance-crédit et l'assurance-caution afin de tenir compte des spécificités de cette branche d'assurance. On sera cependant attentif au champ d'application de ces dispositions, celles-ci n'étant notamment pas applicables aux contrats qui garantissent des créances sur l'étranger (art. 72)⁵⁴.

12. Raisons de l'exclusion. D'après les travaux préparatoires, l'exclusion du principe de la poursuite du contrat d'assurance se justifie par le caractère *intuitu personae* de l'assurance-crédit⁵⁵: «L'assureur accepte de couvrir en considération non seulement de la personne des débiteurs garantis, mais aussi du créancier qui s'assure, car ce dernier exerce une action directe sur le risque. Les données du contrat seraient fondamentalement modifiées si le contrat était poursuivi par le curateur, autorisé à continuer le commerce du failli. L'assureur doit pouvoir continuer à stipuler la résiliation immédiate du contrat en cas de faillite de l'assuré; on notera que la masse des créanciers reste protégée par la pratique selon laquelle la résiliation d'un contrat d'assurance-crédit n'a pas d'effet sur les risques en cours, c'est-à-dire sur les crédits soumis à l'assurance avant la faillite»⁵⁶. Pour P. Becue, «De gefailleerde verzekerde kan niet meer persoonlijk handelen en zich verbinden, hij kan ook niet meer de maatregelen nemen die de polis hem oplegt in bepaalde omstandigheden. Om die reden zijn de artikelen 32 en 33 niet van toepassing op de kredietverzekering»⁵⁷.

C. Sort des mécanismes légaux et conventionnels

13. Introduction. Il arrive fréquemment que les parties insèrent dans le contrat des clauses qui règlent la fin de leur relation en cas de faillite. Parallèlement, plusieurs dispositions de la loi de 1992 régissent la suspension de la garantie et la résiliation du contrat.

L'article 32 de la loi prive d'effets certains de ces mécanismes légaux et conventionnels. Nous pensons, pour ne citer qu'eux, au pacte comissoire exprès, à la clause de résiliation unilatérale, à la condition résolutoire et à l'exception d'inexécution. Le sort du mécanisme légal de suspension de la garantie ainsi que les hypothèses de résiliation envisagées par la loi de 1992 mériteront, dans un point D suivant, quelques développements.

14. Le pacte comissoire exprès, la condition résolutoire et la faculté de résiliation unilatérale. Ces trois derniers concepts doivent être clairement distingués⁵⁸. Pour rappel, le pacte comissoire exprès (ou clause résolutoire expresse) est une clause contractuelle qui vise à «sanctionner, (...) par la résolution, un manquement fautif du débiteur dans l'exécution de ses obligations»⁵⁹. A l'inverse, la clause de résiliation unilatérale est dénuée de toute idée de faute: elle offre à une partie au contrat la possibilité d'y mettre fin par sa seule volonté, sans que cette partie doive prouver une faute⁶⁰. La condition résolutoire vise, quant à elle, une modalité de l'obligation, un événement futur et incertain qui, s'il se réalise, entraîne l'extinction de l'obligation⁶¹ ou du contrat.

Les clauses qui portent sur la survenance d'une faillite dans le chef du cocontractant, ne reçoivent pas de qualification uniforme et définitive. L'attribution de la qualification de pacte comissoire exprès, de condition résolutoire ou de faculté de résiliation est tributaire de l'intention commune des parties. La qualification n'aura toutefois aucune incidence dans l'hypothèse qui nous occupe. On considère en effet que l'article 32 de la loi sur le contrat d'assurance terrestre invalide l'ensemble de ces clauses⁶².

15. L'exception d'inexécution. L'article 32 fait également obstacle à l'invocation, par l'assureur, de l'exception d'inexécution en cas de faillite du preneur. En d'autres termes, l'assureur ne peut se prévaloir de cette exception à l'égard du curateur⁶³. Il s'agit ici d'une dérogation aux principes retenus par la Cour de cassation en matière de faillite qui prévoient, entre

54. Sur la nature de ces dispositions voy. P. BECUE, «De borgtochtverzekering in België: een juridische en economische verzekering», *Bull. Ass.*, 2012, pp. 31 et s.

55. Projet de loi sur le contrat d'assurance terrestre, Exposé des motifs, Ch. Repr., 48^e, sess. ord. 1990-1991, n°1586-1, p. 64.

56. Projet de loi sur le contrat d'assurance terrestre, Exposé des motifs, Ch. Repr., 48^e, sess. ord. 1990-1991, n°1586-1, p. 64.

57. P. BECUE, *Handboek kredietverzekering. De onzichtbare bank*, Anvers, Intersentia, 2008, pp. 640-641.

58. Voy. F. GEORGE, «Faillite et (in)exécution du contrat: questions choisies», in X., *Chronique de jurisprudence en matière de contrats spéciaux*, Liège, Anthemis, 2011, pp. 212-217.

59. M.-C. ERNOTTE, «Nature de la clause résolutoire expresse en cas de faillite: condition résolutoire ou pacte comissoire exprès», note sous Liège, 24 septembre 1986, *Annales de droit de Liège*, 1988, p. 171.

60. P. WERY, «Vue d'ensemble sur les causes d'extinction des contrats», in *Fin du contrat*, Liège, Edition Formation Permanente CUP, 2001, p. 26; P. WERY, *Les obligations*, t. IV, I. I, *Rép. Not.*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 964, n°986-987; P.A. FORIERS, C. DE LEVAL, «Les effets de la dissolution du contrat sur les dispositions contractuelles», in X., *Questions spéciales en droit des contrats*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 165, n°10.

61. M.-C. ERNOTTE, «Nature de la clause résolutoire expresse en cas de faillite: condition résolutoire ou pacte comissoire exprès», note sous Liège, 24 septembre 1986, *Annales de droit de Liège*, 1988, p. 170; I. DURANT, M. CLAVIE, «La vente conditionnelle, bien plus qu'une abréviation de langage», in *La mise en vente d'un immeuble. Hommage au professeur Nicole Verheyden-Jeanmart*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 118, n°48.

62. M. FONTAINE, *Droit des assurances*, Bruxelles, Larcier, 2010, n°440, p. 313.

63. P. COLLE, P. VANLERSBERGHE, «Verzekeringen en faillissement», *Bull. Ass.*, 1997, n°318, p. 11; M. FONTAINE, *Droit des assurances*, Bruxelles, Larcier, 2010, n°440, p. 313; A. DE WILDE, «Faillissement en lopende overeenkomsten», in X., *Gerechtigd akkoord en faillissement*, Malines, Kluwer, 2012, p. II.E.32-26.

autres, que le cocontractant du failli conserve son droit à invoquer *l'exceptio non adimpleti contractus*⁶⁴⁻⁶⁵.

D. Mécanismes de la loi du 25 juin 1992

16. Défaut de paiement des primes: suspension de la garantie et droit de résiliation⁶⁶. Lorsqu'une entreprise assurée tombe en faillite, il n'est pas rare qu'elle soit également en défaut de payer ses primes d'assurance.

En pareil cas, la tentation est évidemment grande pour l'assureur de se fonder sur l'article 14 de la loi du 25 juin 1992 pour obtenir la suspension de sa garantie ou la résiliation du contrat.

Le mécanisme de suspension ne peut toutefois plus être déclenché une fois la faillite déclarée⁶⁷. En revanche, il est clair que si la suspension de la garantie a pris cours avant la faillite, elle continuera à sortir ses effets après le jugement déclaratif de faillite⁶⁸. L'exposé des motifs de la loi sur le contrat d'assurance terrestre ne laisse planer aucun doute à cet égard: «Il n'est pourtant pas dérogé au droit commun au cas où l'assurance aurait été suspendue pour défaut de paiement de la prime avant la déclaration de faillite»⁶⁹. Le curateur peut cependant mettre fin à cette suspension de la garantie en payant les primes échues⁷⁰.

A l'instar de la suspension de garantie, le droit de résiliation pour défaut de paiement des primes ne peut plus être exercé une fois la faillite déclarée. Le principe édicté par l'article 32, à savoir le maintien du contrat d'assurance, prive en effet l'assureur de son droit de résiliation pendant un délai de trois mois. *A fortiori*, cette privation d'effets s'imposera aux éventuelles clauses de résiliation rédigées pour défaut de paiement des primes et soulevées après le jugement déclaratif de faillite⁷¹ (voy. *supra* n°14).

17. Hypothèses de résiliation instaurées dans la loi du 25 juin 1992. Divers cas de résiliation sont encore envisagés par la loi sur le contrat d'assurance terrestre⁷²⁻⁷³.

On pense notamment au droit de résiliation après sinistre (art. 31), au droit de résiliation à l'échéance (art. 30) ainsi qu'aux hypothèses de résiliation qui font suite à une déclaration inexacte du risque (art. 7) voire à l'absence de déclaration d'une aggravation du risque (art. 26).

La question qui se pose est la suivante: le principe du maintien du contrat d'assurance rappelé par l'article 32 paralyse-t-il l'ensemble des autres possibilités de résiliation fixées par la loi?

Plusieurs cas de figure sont envisageables.

Premièrement, l'assureur peut voir dans la survenance du sinistre un expédient pour se dégager plus rapidement du contrat conclu avec le failli. Il existe en effet une hypothèse dans laquelle la mise en œuvre du droit de résiliation après sinistre (art. 31) pourrait entraîner une résiliation plus rapide du contrat que celle pouvant être obtenue conformément à l'article 32. Elle relève toutefois du cas d'école. Si le sinistre survient dans le mois de la survenance de la faillite et que l'assureur s'empresse de notifier son intention de résilier le contrat, l'attente initialement prévue de quatre mois (trois mois pour la notification prévue à l'article 32 + un mois conformément à l'article 29) pourrait être écourtée de quelques jours.

Deuxièmement, lorsque le contrat d'assurance arrive à échéance peu après la survenance de la faillite, l'assureur peut être tenté de se prévaloir de l'article 30⁷⁴ pour déjouer l'article 32 et espérer mettre fin au

64. Cass. 7 novembre 1935, *Pas.*, 1936, I, p. 38; Cass., 13 septembre 1973, *Pas.*, 1974, p. 30; Cass., 27 septembre 1984, *Pas.*, 1985, I, p. 133; Cass., 12 septembre 1986, *Pas.*, 1987, I, p. 41 cités par M. GREGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp.177-181 et F. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 101.

65. Notons que le régime du droit de rétention, forme particulière de l'exception d'inexécution, vient récemment d'être modifié par la loi du 24 juin 2013 (Loi du 24 juin 2013 modifiant le Code civil en ce qui concerne les sûretés mobilières et abrogeant diverses dispositions en cette matière, *M.B.*, 2 août 2013). Cette loi insère un chapitre 3 au Titre XVII du livre III du Code civil intitulé «Droit de rétention». Le droit de rétention tel que défini à l'article 73 devient désormais une sûreté réelle et donne lieu à un droit de préférence. L'entrée en vigueur de la loi est fixée au plus tard au 1^{er} décembre 2014.

66. D'un point de vue terminologique, le terme de «résiliation» se distingue de celui de «résolution». Tandis que le premier renvoie une dissolution prématurée du contrat qui résulte de la volonté unilatérale d'une partie en dehors de toute idée de faute, le second sanctionne par la dissolution du contrat un manquement grave du débiteur (P. WERY, *Les obligations*, t. IV, I, I, *Rép. Not.*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 901, n°659 et 969-971. Dans la loi du 25 juin 1992, le terme de résiliation revêt un double sens. L'acception donnée à ce terme recouvre non seulement les cas de résiliation mais également ceux de résolution.

Par exemple, le non-paiement des primes ouvre, conformément à l'article 14, un droit à «résiliation». L'article 14 renvoie pourtant à l'hypothèse d'une dissolution qui sanctionne un manquement grave du débiteur, à savoir un cas de «résolution».

67. A. DE WILDE, «Faillissement en lopende overeenkomsten», in X., *Gerechtigd akkoord en faillissement*, Malines, Kluwer, 2012, p. II.E.32-26; M. FONTAINE, *Droit des assurances*, Bruxelles, Larcier, 2010, n°440, p. 313.

68. A. DE WILDE, «Faillissement en lopende overeenkomsten», in X., *Gerechtigd akkoord en faillissement*, Malines, Kluwer, 2012, p. II.E.32-26.

69. Projet de loi sur le contrat d'assurance terrestre, Exposé des motifs, Ch. Repr., 48^e, sess. ord. 1990-1991, n°1586-1, p. 34.

70. M. FONTAINE, *Droit des assurances*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 312, n°439.

71. En droit de l'insolvabilité, on admet généralement qu'une clause de résiliation valide puisse être invoquée postérieurement à la survenance d'une faillite (Voy. F. GEORGE, «Faillite et (in)exécution du contrat: questions choisies», in X., *Chronique de jurisprudence en matière de contrats spéciaux*, Liège, Anthemis, 2011, pp. 232-259. Une clause de résiliation pour défaut de paiement des primes conforme à l'article 14 ne pourrait toutefois être déclarée valide vu sa contrariété avec l'article 32 de la loi.

72. X., *Questions de droit des assurances. Actes du colloque organisé par la Conférence libre du jeune barreau de Liège le 5 mai 1995*, Vol.I, Editions du jeune barreau de Liège, 1996, pp. 299 et s.

73. L'article 7 précise les modalités de résiliation du contrat dans l'hypothèse d'omission ou inexactitude non intentionnelles dans la déclaration du risque. Les articles 14 et suivants parlent de résiliation pour défaut de paiement des primes. L'article 26 traite du droit de résiliation en cas d'aggravation du risque. L'article 30 offre une possibilité de résiliation avant l'échéance annuelle. L'article 31 autorise l'assureur à se réserver un droit de résiliation après sinistre. L'article 55, alinéa 2, dispose que «si le bien assuré en valeur agréée vient à perdre une part sensible de sa valeur, chacune des parties est néanmoins fondée à réduire le montant de la valeur agréée ou à résilier le contrat».

74. L'article 30 instaure pour le contrat d'assurance une durée de principe d'un an tandis que trois mois avant l'arrivée du terme, les parties sont libres de résilier le contrat moyennant le respect des formes fixées à l'article 29.

contrat avant l'écoulement du délai de trois mois fixé par ce dernier article⁷⁵.

Il existe en effet théoriquement une possibilité pour l'assureur de se dégager du contrat plus rapidement que ne le permet l'article 32. L'hypothèse visée, peu fréquente il est vrai, est celle du contrat qui arrive à échéance entre le 3^e et le 4^e mois qui suit le jugement déclaratif de faillite.

Troisièmement, lorsque l'assureur «prend connaissance d'une omission ou d'une inexactitude dans la déclaration du risque» qui l'amène «à considérer qu'il n'est pas en mesure de couvrir pareil risque, même avec une adaptation du contrat» et qu'«il apporte la preuve qu'il n'aurait en aucun cas assuré le risque, il peut directement résilier le contrat, dans le mois du jour où il a eu connaissance de l'omission ou de l'inexactitude»⁷⁶. La découverte de semblables circonstances⁷⁷ postérieurement à la faillite du preneur permet-elle toutefois à l'assureur de résilier le contrat sur la base de l'article 7, voire de proposer une modification du contrat, et, en cas de refus ou d'absence de réponse du preneur dans le mois, résilier le contrat dans les 15 jours?

Quatrièmement, lorsqu'il s'abstient de déclarer toute aggravation du risque⁷⁸ conformément à l'article 26 de la loi, le preneur court le risque que l'assureur, s'il apporte la preuve qu'il n'aurait en aucun cas assuré le risque, résilie le contrat. L'assureur est également en droit de proposer une modification du contrat et tirer, d'un refus ou d'une absence de réponse du preneur, un droit de résiliation.

Un raisonnement similaire s'impose pour ces quatre hypothèses.

La lecture de l'exposé des motifs pourrait faire pencher la balance en faveur d'une paralysie générale de ces facultés de résiliation⁷⁹. Les travaux préparatoires nous apprennent en effet que «pour garantir les intérêts de la masse faillie, il faut que l'assurance des biens qui en font partie subsiste, et que l'assureur n'ait pas le droit de résilier le contrat sans laisser au curateur un délai suffisant pour chercher ailleurs une couverture»⁸⁰. Bien que l'extrait reproduit s'intègre dans les discussions relatives à l'article 32, certains pourraient

arguer qu'il a vocation à s'appliquer plus largement. Le législateur entendait, en effet, qu'«après la déclaration de faillite, tout reste dans le même état que précédemment et pendant la durée limitée de 3 mois»⁸¹.

Néanmoins, on est bien en mal de justifier une éventuelle exclusion des articles 30, 31, 7 et 26 de la loi du 25 juin 1992 une fois la faillite survenue. La poursuite de l'exécution du contrat d'assurance n'implique nullement l'application à ce dernier d'un régime juridique nouveau en présence d'une des hypothèses visées aux articles 30, 31, 7 et 26. De surcroît, ni la loi du 25 juin 1992, ni les principes généraux consacrés en la matière n'excluent expressément ces articles.

Selon nous, sauf abus de droit, rien ne s'oppose à ce que l'assureur se prévale de son droit de résiliation après faillite fondé sur les dispositions précitées.

18. Autres hypothèses. La faillite du preneur ne fait pas obstacle à ce que le curateur et l'assureur résilient de commun accord le contrat.

De la même manière, dans le cadre d'une «police présignée», il n'est pas exclu que le curateur puisse se prévaloir du droit de repentir offert au failli (art. 4§2 de la loi du 25 juin 1992). La plupart des dispositions de la loi sont impératives et visent généralement à protéger l'assuré plutôt que l'assureur. La brièveté du délai octroyé pour exercer cette faculté de résiliation ne laisse toutefois présager que de rares cas d'application.

Section 3. Le régime du droit de la faillite

19. Introduction. Les principes qui s'appliquent au contrat d'assurance et qui viennent d'être exposés ci-avant doivent s'articuler avec les dispositions propres au droit de la faillite et particulièrement avec l'article 46 de la loi du 8 août 1997. Bien qu'en cas de conflit, la préférence soit accordée à l'article 32 de la loi sur le contrat d'assurance terrestre, l'article 46 n'est pas dénué d'intérêt. Le champ d'application de l'article 32 est en effet plus restreint que celui de l'article 46. Rappelons, par exemple, que les assurances de personnes ainsi que l'assurance-crédit et caution

75. D'entrée de jeu, on peut déjà exclure les cas où l'échéance tomberait plus de quatre mois après la survenance de la faillite. L'article 30 ne serait d'aucune utilité puisque son application aboutirait à une solution moins efficace que celle envisagée à l'article 32. Il suffira donc à l'assureur de se prévaloir de son droit de résiliation consacré par l'article 32.

De même, l'assureur ne rencontrera pas plus de succès si le contrat arrive à échéance dans les trois mois qui suivent la faillite. L'article 30 impose en effet à l'assureur de dénoncer le contrat au moins trois mois avant l'arrivée du terme. Une fois la faillite survenue, il sera généralement trop tard pour l'assureur qui souhaite invoquer son droit de résiliation.

Une hypothèse tout autre est celle où l'assureur notifie sa volonté de résilier le contrat à son échéance avant le jugement déclaratif de faillite. Le contrat prendra fin à son échéance sans que le jugement déclaratif de faillite, qui interviendrait dans l'intervalle, ait une quelconque incidence. On le voit, à moins d'anticiper, dans le chef de l'assureur, la survenance proche d'une faillite, l'avantage procuré à l'assureur ne sera que le pur fruit du hasard.

76. M. FONTAINE, *Droit des assurances*, Bruxelles, Larcier, 2010, n°252-253, p. 183.

77. Notons que la question se pose, peu importe que la faillite soit ou non à l'origine de la découverte de l'inexactitude de la déclaration.

78. Il importe de se demander si la survenance d'une faillite peut répondre à la notion d'aggravation du risque. *A priori*, le fait que le preneur d'assurance tombe en faillite n'a pas pour effet d'aggraver le risque de manière sensible et durable (Comp. avec P. COLLE, P. VANLERSBERGHE, «Verzekeringen en faillissement», *Bull. Ass.*, 1997, n°318, pp. 15-16: «de faillietverklaring impliceert ongetwijfeld een wijziging van de toestand welke door de verzekeraar in aanmerking wordt genomen bij het sluiten der verzekering. Het is algemeen bekend dat een handelaar failliet kan gaan. Bovendien kan betwijfeld worden of de risicoverzwaren, dit in bepaalde omstandigheden ingevolge het faillissement kan optreden, duurzaam is»). Traduction libre: «La déclaration de faillite implique incontestablement une modification des circonstances qui sont prises en compte par l'assureur lors de la conclusion du contrat. C'est un fait certain qu'un commerçant peut faire faillite. En outre, on peut douter de ce que l'aggravation du risque, qui peut intervenir dans certaines circonstances suite à la faillite, soit durable»).

La survenance d'un autre élément pourrait toutefois justifier l'application de l'article 26.

79. Le terme résiliation doit ici être compris dans sa double acception (voy. *supra* note 66)

80. Projet de loi sur le contrat d'assurance terrestre, Exposé des motifs, Ch. Repr., 48^e, sess. ord. 1990-1991, n°1586-1, p. 34.

81. Projet de loi sur le contrat d'assurance terrestre, Exposé des motifs, Ch. Repr., 48^e, sess. ord. 1990-1991, n°1586-1, p. 34.

échappent à l'article 32. Partant, un rappel des principes consacrés en droit de la faillite s'impose.

A. Principes

20. Article 46: maintien des contrats en cours. L'article 46 règle le sort des contrats en cours lors de la survenance d'une faillite: le principe est la continuité (ou maintien ou poursuite) des contrats en cours. En effet, ce texte dispose que:

«§1er. Dès leur entrée en fonctions, les curateurs décident sans délai s'ils poursuivent l'exécution des contrats conclus avant la date du jugement déclaratif de la faillite et auxquels ce jugement ne met pas fin.

La partie qui a contracté avec le failli peut mettre les curateurs en demeure de prendre cette décision dans les quinze jours. Si aucune prorogation de délai n'est convenue ou si les curateurs ne prennent pas de décision, le contrat est présumé être résilié par les curateurs dès l'expiration de ce délai; la créance de dommages et intérêts éventuellement dus au cocontractant du fait de l'inexécution entre dans la masse.

Lorsque les curateurs décident d'exécuter le contrat, le cocontractant a droit, à charge de la masse, à l'exécution de cet engagement dans la mesure où celui-ci a trait à des prestations effectuées après la faillite».

Il résulte de cette disposition que le jugement déclaratif de faillite n'affecte pas, en principe, l'existence des rapports contractuels tissés entre le failli et ses cocontractants⁸². La portée de cet article est par ailleurs générale: celui-ci s'applique en effet «à tous les contrats en cours, quelle que soit leur nature»⁸³.

B. Exceptions

21. Les catégories d'exceptions à l'article 46. De nombreuses exceptions au principe de «maintien des

contrats» sont aujourd'hui reconnues en doctrine et en jurisprudence⁸⁴.

Une première catégorie d'exceptions regroupe les dissolutions de plein droit du contrat⁸⁵. Dans cette catégorie, aucune des parties ne doit manifester sa volonté de mettre fin au contrat⁸⁶. On y trouve les contrats *intuitu personae*⁸⁷ et les contrats dans lesquels une condition résolutoire autre que potestative est précisément stipulée pour les cas de faillite. Pour rappel, la condition résolutoire, qui se distingue du pacte commissaire exprès et de la faculté de résiliation⁸⁸, est une modalité de l'obligation, un événement futur et incertain (en l'occurrence, la faillite) qui, s'il se réalise, entraîne l'extinction de l'obligation ou du contrat⁸⁹.

La deuxième catégorie renvoie à ce que nous avons appelé les facultés de résiliation ou de résolution⁹⁰⁻⁹¹. On y épingle la faculté de résiliation limitée⁹² offerte au curateur par l'article 46 de la loi et consacrée par la Cour de cassation⁹³, le pacte commissaire exprès et la clause de résiliation unilatérale. Pour rappel, le pacte commissaire exprès se définit comme toute clause contractuelle qui vise à «sanctionner, (...) par la résolution, un manquement fautif du débiteur dans l'exécution de ses obligations»⁹⁴. Il se distingue de la clause de résiliation unilatérale qui offre à une partie au contrat la possibilité de rompre le contrat par sa seule volonté et en dehors de toute idée de faute de l'autre partie⁹⁵.

22. Mise en demeure du curateur de prendre position. En son paragraphe 1^{er}, deuxième alinéa, l'article 46 comporte également une disposition que l'on pourrait qualifier d'«anti-abus». On l'a vu, le curateur dispose, conformément à cet article, d'une faculté de résiliation. Dès son entrée en fonction, le curateur

82. C. LEUNEN, «Lopende overeenkomsten en het vernieuwde recht van de onderneming in moeilijkheden», *T.P.R.*, 1998, p. 496; A. MEULDER, «La continuité des contrats en cas de procédures collectives d'insolvabilité ou de liquidation: régime unique ou multiple? L'arrêt du 10 avril 2008: charge finale, nouvelle escarmouche ou baroud d'honneur?», *R.D.C.*, 2008, p. 862.

83. A. ZENNER, I. VEROUGSTRAETE, «Poursuite des contrats en cours par les curateurs, indemnités de rupture et dettes de masse», *R.D.C.*, 2004, p. 524.

84. Voy. C. LEUNEN, «Lopende overeenkomsten en het vernieuwde recht van de onderneming in moeilijkheden», *T.P.R.*, 1998, pp. 499-506.

85. Voy. F. GEORGE, «Faillite et (in)exécution du contrat: questions choisies», in *X, Chronique de jurisprudence en matière de contrats spéciaux*, Liège, Anthemis, 2011, p. 197.

86. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations. Tome 2: Sources des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 993.

87. E. DIRIX, «Lopende overeenkomsten bij faillissement en gerechtelijke reorganisatie», in *X, Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen II*, Intersentia, Anvers, 2010, p. 148.

88. F. GEORGE, «Faillite et (in)exécution du contrat: questions choisies», in *X, Chronique de jurisprudence en matière de contrats spéciaux*, Liège, Anthemis, 2011, pp. 212-216.

89. M.-C. ERNOTTE, «Nature de la clause résolutoire expresse en cas de faillite: condition résolutoire ou pacte commissaire exprès», note sous Liège, 24 septembre 1986, *Annales de droit de Liège*, 1988, p. 170; I. DURANT, M. CLAVIE, «La vente conditionnelle, bien plus qu'une abréviation de langage», in *La mise en vente d'un immeuble. Hommage au professeur Nicole Verheyden-Jeanmart*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 118, n°48.

90. F. GEORGE, «Faillite et (in)exécution du contrat: questions choisies», in *X, Chronique de jurisprudence en matière de contrats spéciaux*, Liège, Anthemis, 2011, pp. 212-216.

91. On pourrait y assimiler les conditions résolutoires potestatives (Voy. F. GEORGE, «Faillite et (in)exécution du contrat: questions choisies», in *X, Chronique de jurisprudence en matière de contrats spéciaux*, Liège, Anthemis, 2011, p. 211, n°32 et p. 259, note 366).

92. Le droit de résiliation est assorti de limites sévères et strictes. Une telle interprétation se justifie principalement par la portée de l'expression «lorsque l'administration de la masse le requiert» délimitée par notre Cour suprême dans ses arrêts de 2004 et 2008 (T. HÜRNER, «La poursuite des contrats en cours en cas de faillite», *J.T.*, 2008, p. 347; A. MEULDER, «La continuité des contrats en cas de procédures collectives d'insolvabilité ou de liquidation: régime unique ou multiple? L'arrêt du 10 avril 2008: charge finale, nouvelle escarmouche ou baroud d'honneur?», *R.D.C.*, 2008, p. 868; T. HÜRNER, N. OUCHINSKY, «Le régime des contrats en cours dans les procédures collectives depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 10 avril 2008», *Rev. Dr. Ulg.*, 2009, p. 222; Voy. E. DIRIX, «Lopende overeenkomsten bij faillissement en gerechtelijke reorganisatie», in *X, Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen II*, Intersentia, Anvers, 2010, pp. 147-174.; I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 479).

93. Cass., 24 juin 2004, *R.D.C.*, 2005, pp. 241-245; Cass., 10 avril 2008, *J.L.M.B.*, 2008, pp. 1588 et s.; *Trib. Not.*, 2009, p. 201, note. F. BOUCKAERT.

94. M.-C. ERNOTTE, «Nature de la clause résolutoire expresse en cas de faillite: condition résolutoire ou pacte commissaire exprès», note sous Liège, 24 septembre 1986, *Annales de droit de Liège*, 1988, p. 171.

95. P. WERY, «Vue d'ensemble sur les causes d'extinction des contrats», in *Fin du contrat*, Liège, Edition Formation Permanente CUP, 2001, p. 26; P. WERY, *Les obligations*, t. IV, I, I, *Rép. Not.*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 964, n°986-987; P.A. FORIERS, C. DE LEVAL, «Les effets de la dissolution du contrat sur les dispositions contractuelles», in *X, Questions spéciales en droit des contrats*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 165, n°10.

choisit de poursuivre ou non les contrats en cours⁹⁶. Cependant, il pourrait très bien tarder à prendre attitude quant à la poursuite ou non des contrats, laissant son cocontractant dans l'expectative. Le législateur a prévu que les créanciers puissent contraindre le curateur à opérer un choix dans la quinzaine au moyen d'une mise en demeure. La sanction prévue par le législateur en cas d'absence de réaction consiste en une «présomption de résiliation», pure nouveauté terminologique⁹⁷. Cette dernière sort ses effets de plein droit dès l'expiration du délai⁹⁸. Le délai de 15 jours qui commence à courir à compter de la réception de la mise en demeure (ou du moment auquel le curateur aurait normalement pu prendre connaissance de cette dernière) ne peut être prolongé qu'avec l'accord du créancier⁹⁹. La disposition est d'ordre public¹⁰⁰.

23. Parallèle avec les principes et exceptions du droit des procédures d'insolvabilité. Pour rappel, le principe de poursuite des contrats contenu à l'article 46 s'efface devant les règles et principes dégagés par la «doctrine classique (qui) enseigne que les contrats *intuitu personae* sont dissous de plein droit par la faillite au jour du jugement déclaratif de faillite»¹⁰¹⁻¹⁰². L'exclusion des contrats d'assurance-crédit du champ d'application de l'article 32 s'inscrit donc dans la droite ligne du droit des procédures d'insolvabilité en ce sens qu'un régime spécifique est prévu pour les contrats *intuitu personae*. Une nuance s'impose toutefois: la loi de 1992 ne dit mot d'une dissolution de plein droit des contrats d'assurance-crédit en cas de faillite. L'article 47 ne prévoit la dissolution des contrats *intuitu personae* qu'au décès de l'assuré et non lors de la survenance d'une faillite. La loi de 1992 se contente d'autoriser implicitement¹⁰³ la résiliation des contrats pour autant que l'on se conforme à l'article 29.

A l'inverse, le raisonnement en matière d'assurance de personnes semble, de prime abord, s'inscrire en faux contre les principes applicables en matière d'insolvabilité. Certains auteurs justifient le régime spéci-

fique réservé aux contrats d'assurance de personnes, à savoir la poursuite du contrat, notamment par le caractère *intuitu personae* de l'assurance vie¹⁰⁴. Il s'agirait en l'occurrence d'une entorse importante aux principes applicables en matière d'insolvabilité qui commandent la dissolution de plein droit des contrats *intuitu personae* lors de la survenance d'une faillite. Cette contradiction apparente mérite toutefois d'être nuancée. La majorité des auteurs ne se prononce pas sur la qualification de contrat *intuitu personae* ou, à tout le moins, ne confère ce caractère *intuitu personae* qu'à la désignation du bénéficiaire. De surcroît, la considération de la personne touche davantage à un élément caractéristique du risque. Il importe d'ailleurs à cet égard de distinguer la considération de la personne de la tête assurée de celle du cocontractant, preneur d'assurance. Enfin, le caractère *intuitu personae* reconnu aux contrats d'assurance vie ne semble pas pouvoir être étendu sans réserve à tous les contrats d'assurance de personnes.

24. Effets. Les effets de l'inapplicabilité de l'article 32 se déclinent en deux volets.

D'un côté, il est loisible à l'assureur de prévoir une clause de résiliation du contrat ou un pacte commissoire exprès en cas de faillite du preneur pour autant que cette clause ne méconnaisse pas les principes repris à l'article 29 de la loi de 1992¹⁰⁵, lequel reste tout à fait applicable¹⁰⁶.

De l'autre, le contrat d'assurance¹⁰⁷ étant considéré comme *intuitu personae* dans le chef de l'assuré, la faillite de ce dernier devrait normalement permettre à l'assureur de se prévaloir de la dissolution de plein droit¹⁰⁸ du contrat conformément aux exceptions à l'article 46 de la loi sur les faillites.

La prudence s'impose toutefois. Premièrement, la dissolution des contrats d'assurance-crédit lors d'une faillite ne semble pas découler de leur caractère *intuitu personae*. La dissolution s'analyse plutôt comme la conséquence de la mise en œuvre des clauses de résiliation que comportent généralement ces contrats

96. C. LEUNEN, «Lopende overeenkomsten en het vernieuwde recht van de onderneming in moeijikheden», *T.P.R.*, 1998, p. 497; F. T'KINT, W. DERIJCKE, *La faillite*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 217; I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 479.

97. I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 480, n°3.4.2.17.

98. I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 480.

99. F. T'KINT, W. DERIJCKE, *La faillite*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 217, n°224; I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 480.

100. F. T'KINT, W. DERIJCKE, *La faillite*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 217, n°224.

101. L. HERVE, «Aperçu général du sort des contrats en cours dans le cadre des nouvelles lois sur les faillites et sur le concordat judiciaire», *Act. dr.*, 1997, p. 425. Voy. également en ce sens les travaux préparatoires: *Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess. ord., 1991-1992, n°0631/1, p. 23.

102. Les contrats *intuitu personae* dérogent au principe de maintien du contrat et sont dissous de plein droit en cas de faillite. De manière plus nuancée, F. T'Kint soutient, en reprenant les propos de E. Thaller et J. Percerou, qu'une «résolution intervient de plein droit, à une double condition: "Il faut d'abord que les obligations qui en naissent à la charge du failli soient par leur nature même ou à raison de l'intention des parties, telles qu'elles ne puissent être exécutées que par lui (sans quoi la masse aurait la faculté de se substituer à lui dans leur exécution et par conséquent dans le contrat tout entier); puis aussi que ces obligations intéressent le patrimoine du failli, de telle sorte que l'indisponibilité de ce patrimoine résultant du dessaisissement en rende l'exécution impossible par le commerçant (sans quoi, s'il s'agissait d'obligations de nature telle que, nonobstant l'indisponibilité, le failli puisse les exécuter, le contrat subsisterait)"» (E. THALLER, J. PERCEROU, *Traité*, t. II, 1913, n°879, pp. 27-28 cité par F. T'KINT, W. DERIJCKE, *La faillite*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 217, n°223).

103. Interprétation *a contrario* de l'article 32.

104. P. COLLE, P. VANLERSBERGHE, «Verzekeringen en faillissement», *Bull. Ass.*, 1997, p. 16, n°13; M. FONTAINE, *Droit des assurances*, Bruxelles, Larcier, 2010, n°442, p. 314.

105. Voy. pour cette condition la position défendue par J.-M. BINON (*Droit des assurances de personnes*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 58).

106. M. FONTAINE, *Droit des assurances*, Bruxelles, Larcier, 2010, n°442, p. 314.

107. Entendons ici le contrat d'assurance de personnes (et plus particulièrement d'assurance vie) et le contrat d'assurance-crédit.

108. D'aucuns préfèrent utiliser le vocable «résiliation» plutôt que d'employer le terme générique de «dissolution de plein droit» (M. FONTAINE, *Droit des assurances*, Bruxelles, Larcier, 2010, n°442, p. 314. Voy. à ce sujet: F. GEORGE, «Faillite et (in)exécution du contrat: questions choisies», in X, *Chronique de jurisprudence en matière de contrats spéciaux*, Liège, Anthemis, 2011, pp. 197 et 202-204.).

(ou du droit de résiliation prévu aux articles 14 à 16 et 29 de la loi). Deuxièmement, en matière d'assurance de personnes, le caractère *intuitu personae* du contrat reste contestable (voy. les nuances exprimées *supra* n°23) tandis que la pratique ne semble pas se conformer aux règles dégagées en droit de l'insolvabilité dès lors que le contrat ne prend pas fin.

On le voit, l'article 46 de la loi sur les faillites n'a donc pas tout à fait fait champ libre pour s'appliquer.

Section 4. Les contrats d'assurance soumis à la loi du 11 juin 1874

25. Champ d'application. Le champ d'application de la loi du 25 juin 1992 est plus limité que celui de la loi de 1874. Premièrement, la loi du 25 juin 1992 ne règle pas la question de la faillite de l'assureur¹⁰⁹. Deuxièmement, elle ne concerne que les contrats d'assurance terrestre. A son article 2, §1^{er}, la loi précise en effet qu'«elle ne s'applique ni à la réassurance, ni aux assurances des transports de marchandises, assurances bagages et déménagements exceptées».

La loi du 11 juin 1874¹¹⁰ survit donc pour régir les assurances maritimes, ainsi que les assurances sur le transport par terre, rivières et canaux non soumises à la loi du 25 juin 1992¹¹¹. Les assurances maritimes sont également soumises à la loi du 21 août 1879 contenant le Livre II du Code de commerce.

26. Article 29 de la loi du 11 juin 1874. L'article 29 de la loi du 11 juin 1874 règle le sort de la faillite de l'assuré. Il prévoit, par analogie avec la faillite de l'assureur, que si l'assuré tombe en faillite lorsque le risque n'est pas encore fini, l'assureur pourra demander caution ou, à défaut de caution, la résiliation du contrat.

La disposition de l'article 29 vaut pour la faillite de l'assuré dans le cadre de contrats qui ne tombent pas sous le coup de la loi de 1992. L'assureur se trouvera dans une position particulièrement privilégiée dans l'hypothèse de la poursuite du contrat. D'un côté, sa créance sera une créance de la masse. De l'autre, il pourra jouir du bénéfice d'une caution¹¹².

Cette disposition consacre une nouvelle dérogation au principe de la poursuite des contrats en cours qui n'opère toutefois qu'à titre subsidiaire¹¹³. La résiliation ne peut intervenir qu'en l'absence de caution.

L'article 29 n'interdit pas à l'assureur de «subordonner l'exécution du contrat au règlement intégral de ses droits» et ainsi obtenir le paiement de toutes les primes antérieures à la faillite¹¹⁴. Il ne fait pas davan-

tage obstacle à une action en résolution et à l'invocation de l'exception d'inexécution¹¹⁵.

Au contraire de la loi du 25 juin 1992, la loi du 11 juin 1874 est supplétive. En pratique, il n'est par conséquent pas rare de rencontrer des dérogations aux principes précités.

Chapitre 2. Les droits de la masse des créanciers sur les prestations d'assurance au regard des lois du 25 juin 1992 et du 8 août 1997

27. Introduction¹¹⁶. Une autre question épineuse située aux confins du droit des assurances et du droit de la faillite reste celle des droits des créanciers sur les prestations d'assurance en cas de faillite. Après avoir rappelé le principe du dessaisissement et ses exceptions (Section 1), nous aborderons successivement le sort des prestations d'assurance en:

- assurance de choses (Section 2);
- assurance de la responsabilité (Section 3);
- assurance-crédit et assurance-caution (Section 4);
- assurance de personnes (Section 5)

notamment l'assurance vie (A), l'assurance dirigeants d'entreprise (B), l'assurance groupe (C) et l'assurance reconstitution de capital - assurance solde restant dû (D).

Section 1. Dessaisissement et exceptions

28. Principe du dessaisissement. C'est à l'article 16 de la loi du 8 août 1997 que l'on trouve le principe fondamental du dessaisissement du failli. Aux termes de cet article,

«Le failli, à compter du jour du jugement déclaratif de la faillite, est dessaisi de plein droit de l'administration de tous ses biens, même de ceux qui peuvent lui échoir tant qu'il est en état de faillite. Tous paiements, opérations et actes faits par le failli, et tous paiements faits au failli depuis ce jour sont inopposables à la masse.

Les biens visés à l'article 1408, du Code judiciaire, à l'exception des biens indispensables à la profession du saisi, visés au 3° de cet article, sont exclus de l'actif de la faillite. Le failli en conserve l'administration ainsi que la disposition.

Sont également exclus de l'actif de la faillite les montants, sommes et paiements que le failli recueille à partir de la déclaration de la faillite, pour autant qu'ils soient insaisissables en vertu des articles 1409 à 1412 du Code judiciaire ou en vertu de lois particulières.

Sont également exclues de l'actif de la faillite, les in-

109. P. COLLE, P. VANLERSBERGHE, «Verzekeringen en faillissement», *Bull. Ass.*, 1997, n°318, p. 7.

110. Loi du 11 juin 1874 contenant les titres X et XI, livre Ier, du Code de commerce. Des assurances en général - De quelques assurances terrestres en particulier, *M.B.*, 14 juin 1874.

111. Art. 3 de la loi du 11 juin 1874.

112. P. COLLE, P. VANLERSBERGHE, «Verzekeringen en faillissement», *Bull. Ass.*, 1997, n°318, p. 9.

113. J. ERNAULT, «Les assurances et le droit de la faillite», *Bull. Ass.*, 1985, p. 606.

114. J. ERNAULT, «Les assurances et le droit de la faillite», *Bull. Ass.*, 1985, p. 613.

115. J. ERNAULT, «Les assurances et le droit de la faillite», *Bull. Ass.*, 1985, p. 613.

116. La structure qui suit s'inspire de celle adoptée par P. COLLE, P. VANLERSBERGHE («Verzekeringen en faillissement», *Bull. Ass.*, 1997, pp. 5-59).

demnités accordées au failli pour la réparation du préjudice lié à la personne et causé par un acte illicite».

29. Exceptions. Il existe toutefois plusieurs exceptions à ce principe, elles-mêmes édictées par l'article 16. On y relève les biens insaisissables visés par l'article 1408 du Code judiciaire, les montants, sommes et paiements qualifiés d'insaisissables par les articles 1409 à 1412 du Code judiciaire dont les pensions complémentaires, ainsi que les indemnités réparant le préjudice lié à la personne et causé par un acte illicite.

30. Une «exception à l'exception»¹¹⁷. Les biens indispensables à la profession du failli n'échappent pas au dessaisissement bien qu'ils soient visés par l'article 1408, 3° du Code judiciaire. Le failli n'en a plus la libre disposition¹¹⁸.

Section 2. Assurance de choses

31. La question du sort des prestations d'assurance. Le dessaisissement du failli suscite quelques interrogations en matière d'assurance de choses. L'indemnité d'assurance qui doit être perçue lors de la survenance d'un sinistre revient-elle à la masse des créanciers ou échappe-t-elle au dessaisissement du failli? Les créanciers privilégiés et hypothécaires conservent-ils leur droit de préférence? Comment déterminer le montant de l'indemnité? On pense, par exemple, aux indemnités à percevoir suite au vol qui survient dans les locaux du failli, à l'incendie qui se déclare dans son immeuble, aux bris de machines, ...

32. Généralités: l'article 59 de la loi du 25 juin 1992. Le chapitre 2 de la loi du 25 juin 1992 traite du sort des indemnités dans le cadre du contrat d'assurance de choses. Le législateur a pris soin de consacrer un article, dans ce chapitre, au sort des indemnités d'assurance en cas de faillite de l'assuré. Ainsi, aux termes de l'article 59 de la loi, «*en cas de faillite de l'assuré, l'indemnité revient à la masse faillie. Si toutefois certains biens assurés sont insaisissables, l'indemnité due en vertu du contrat d'assurance de ces biens revient au failli*».

En principe, l'indemnité d'assurance est donc attri-

buée au curateur au profit de la masse des créanciers¹¹⁹ que le sinistre survienne avant ou après la déclaration de faillite¹²⁰. «La sanction d'avoir payé un failli est l'inopposabilité du paiement à la masse des créanciers, c'est-à-dire en pratique d'effectuer un second paiement – celui-là libératoire, au curateur»¹²¹. Echappent toutefois à la masse des créanciers, les indemnités d'assurance relatives à des biens insaisissables¹²². L'indemnité d'assurance qui serait due pour ces derniers biens sera versée par l'assureur au failli. Pour rappel, les biens insaisissables sont définis aux articles 1408 et s. du Code judiciaire. Les articles 1409 et s. embrassant des hypothèses étrangères aux biens assurés par des polices d'assurance de choses, seul l'article 1408 du Code judiciaire intéresse donc notre propos. Nous renvoyons le lecteur à cet article.

La solution est parfaitement conforme à l'article 16 de la loi sur les faillites¹²³. Une question émerge toutefois de l'articulation des articles 59 de la loi du 25 juin 1992 et 16 de la loi du 8 août 1997. En effet, par dérogation à l'article 1408, 3° du Code judiciaire, l'article 16 de la loi sur les faillites déclare les biens du failli indispensables à sa profession saisissables. L'article 59 comporte-t-il cette même dérogation? Quid, par exemple, d'une indemnité d'assurance qui serait versée suite à la destruction de biens indispensables à la profession du failli? Il nous semble, à l'instar de B. Windey et M. De Graeve, que l'article 59 doit «être interprété à la lumière de l'article 16 de la loi sur les faillites»¹²⁴. Ainsi, l'indemnité d'assurance qui serait due pour les biens affectés à l'exercice de la profession du failli tombera dans la masse.

33. Généralités: l'article 58 de la loi du 25 juin 1992.

L'article 59 s'articule avec l'article 58 de la même loi. Ce dernier institue un mécanisme de subrogation réelle¹²⁵⁻¹²⁶. Les droits de préférence attachés aux biens assurés survivent malgré la destruction du bien qui constitue l'assiette du privilège. La subrogation réelle s'appliquera dans la mesure où «l'indemnité n'est pas entièrement appliquée à la réparation ou au remplacement de ce bien»¹²⁷.

Deux hypothèses doivent ainsi être distinguées. Soit, le bien assuré est réparé ou remplacé et les créanciers pourront faire valoir leur droit de préférence, d'une part, sur le bien réparé ou remplacé¹²⁸ et, d'autre part, le cas échéant, sur l'éventuel solde de l'indemnité non

117. F. T'KINT, W. DERIJCKE, *La faillite*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 214.

118. B. WINDEY, «De verzekeringnemer in de nieuwe insolventiewetgeving», in X., *Actualia verzekeringen*, Anvers, Maklu, 2000, p. 316.

119. M. DE GRAEVE, B. WINDEY, «Gerechtigd akkoord en faillissement. Verzekeringsaspecten», in *Gerechtigd Akkoord en Faillissement*, Antwerpen, Kluwer, 2000, hoofdstuk IX, n°51.

120. D. DE MAESENEIRE, «Assurance-incendie. Les sinistres», X., *Traité pratique de l'assurance*, Waterloo, Kluwer, 2007, p. II.11.14-20a.

121. D. DE MAESENEIRE, «Assurance-incendie. Les sinistres», X., *Traité pratique de l'assurance*, Waterloo, Kluwer, 2007, p. II.11.14-20a.

122. Voy. également P. COLLE, P. VANLERSBERGHE, «Verzekeringen en faillissement», *Bull. Ass.*, 1997, n°23, p. 20.

123. M. DE GRAEVE, B. WINDEY, «Gerechtigd akkoord en faillissement. Verzekeringsaspecten», in *Gerechtigd Akkoord en Faillissement*, Antwerpen, Kluwer, 2000, hoofdstuk IX, n°50.

124. M. DE GRAEVE, B. WINDEY, «Gerechtigd akkoord en faillissement. Verzekeringsaspecten», in *Gerechtigd Akkoord en Faillissement*, Antwerpen, Kluwer, 2000, hoofdstuk IX, n°51.

125. P. COLLE, P. VANLERSBERGHE, «Verzekeringen en faillissement», *Bull. Ass.*, 1997, n°23, p. 20.

126. B. Dubuisson remet toutefois en cause cette qualification. Il s'interroge, vu le régime d'opposabilité des exceptions organisé à l'article 66 de la loi, sur l'existence d'une nouvelle action directe (B. DUBUISSON, «Actualités législatives et jurisprudentielles dans les assurances de choses et de frais», in X., *Actualités en droit des assurances*, CUP n°106, Liège, Anthémis, 2008, pp. 160-161).

127. Art. 58 de la loi du 25 juin 1992.

128. «Le droit de préférence renaît sur le bien» (M. FONTAINE, *Droit des assurances*, Bruxelles, Larcier, 2010, n°654, p. 423).

affecté aux réparations ou remplacement. Soit, aucune réparation ou aucun remplacement n'est effectué et les créanciers bénéficient du mécanisme de la subrogation réelle sur l'entière de l'indemnité d'assurance¹²⁹.

L'assureur veillera donc à «s'enquérir (...) de l'existence d'éventuels créanciers hypothécaires et privilégiés»¹³⁰ et à tenir compte des rangs respectifs des créanciers lorsqu'il procédera au versement de l'indemnité¹³¹. «Dans tous les cas où le créancier dispose d'une hypothèque ou d'un privilège dont la publicité légale est organisée, l'assureur est présumé en avoir connaissance»¹³². Il pourra toutefois opposer aux créanciers l'ensemble des exceptions dont il dispose à l'égard de l'assuré¹³³.

Les créanciers dont le privilège ne fait pas l'objet d'une mesure de publicité devront se montrer vigilants. Il leur appartiendra de se manifester auprès de l'assureur¹³⁴ en faisant opposition au paiement¹³⁵. Un tel paiement de l'assureur, hors le cas de faillite, entre les mains de l'assuré est en effet libératoire à leur égard¹³⁶.

34. Assurance incendie: les articles 66 à 68. Le contrat d'assurance incendie fait l'objet de dispositions particulières. Nous limiterons notre propos aux articles 66, 67 et 68 de la loi sur le contrat d'assurance terrestre.

L'article 66 dispose en son §1^{er} qu'«aucune exception ou déchéance dérivant d'un fait postérieur au sinistre ne peut être opposée par l'assureur au créancier jouissant sur les biens assurés d'un droit de préférence connu de l'assureur». Le mécanisme de subrogation réelle applicable aux assurances de choses (voy. *supra* n°33) est donc «renforcé»¹³⁷⁻¹³⁸ en matière d'assurance incendie. Les exceptions dérivant d'un fait postérieur au sinistre sont rendues inopposables sur la base de l'article 66. Bien que ce dernier article trouve sa place dans une sous-section intitulée «L'assurance contre l'incendie», J.-L. Fagnart souligne qu'«il n'y a aucune raison logique d'accorder un sort plus favorable aux créanciers dont le droit de préférence porte sur un bien assuré contre l'incendie par rapport aux créanciers

dont le droit porte sur (un) bien assuré contre d'autres périls»¹³⁹. D. De Maeseneire qualifie cette différence de traitement de «mystère», mais confirme que l'article 66 reste uniquement applicable à l'assurance incendie¹⁴⁰.

L'article 67¹⁴¹ est, quant à lui, consacré au paiement de l'indemnité. On épingle spécialement le §1^{er}, alinéa 2, qui précise que «Le défaut de reconstruction ou de reconstitution desdits biens pour une cause étrangère à la volonté de l'assuré est sans effet sur le calcul de l'indemnité, sauf qu'il rend inapplicable la clause de valeur à neuf». L'indemnité, en présence d'une cause étrangère exonératoire qui fait obstacle à la reconstruction ou la restitution du bien assuré, sera donc calculée en valeur réelle¹⁴². Une question surgit pour le curateur chargé de reconstituer les actifs du failli: la faillite répond-elle à la qualification de «cause étrangère à la volonté de l'assuré»? Une réponse négative s'impose *a priori* selon nous. P. Colle reste toutefois plus nuancé: «Het faillissement kan onder omstandigheden aan de gefailleerde zelf te wijten zijn. Een onderzoek naar de ware oorzaken van het faillissement dringt zich telkenmale op»¹⁴³.

L'article 68 mérite également de retenir l'attention. Pour rappel, en vertu de cette disposition, les tiers victimes et le propriétaire disposent d'un droit propre et direct à l'encontre de l'assureur du recours des tiers et de l'assureur RC locative. Les créanciers d'un locataire failli disposent-ils d'un droit sur l'indemnité d'assurance RC locative ou recours des tiers? Se fondant sur le texte de l'article 68, la doctrine répond négativement à cette question¹⁴⁴. Imaginons, par exemple, la situation d'un locataire à l'origine d'un sinistre incendie. Ce locataire est déclaré en faillite. Son assureur responsabilité locative devra payer le montant de l'indemnité au propriétaire du bien sans que la masse des créanciers du locataire ne puisse prétendre à aucun droit sur celle-ci. Ce n'est que si l'assuré a lui-même indemnisé directement la victime (en l'espèce, le propriétaire) que l'indemnité d'assurance retournera dans la masse¹⁴⁵.

En marge de l'analyse des articles 66 à 68, il importe

129. Sauf pour les biens assurés insaisissables.

130. Projet de loi sur le contrat d'assurance terrestre, Exposé des motifs, Ch. Repr., 48^e, sess. ord. 1990-1991, n°1586-1, p. 54 cité par P. COLLE, P. VANLERSBERGHE, «Verzekeringen en faillissement», *Bull. Ass.*, 1997, n°23, p. 23.

131. J.-L. FAGNART, *Traité pratique de droit commercial*, Tome 3, Diegem, Kluwer, 1998, p. 196; J.-L. FAGNART, *Traité pratique de droit commercial*, Tome 3, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 429.

132. Voy. J.-L. FAGNART, *Traité pratique de droit commercial*, Tome 3, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 429 qui estime toutefois cette solution critiquable.

133. P. COLLE, P. VANLERSBERGHE, «Verzekeringen en faillissement», *Bull. Ass.*, 1997, n°23, p. 23.

134. Projet de loi sur le contrat d'assurance terrestre, Exposé des motifs, Ch. Repr., 48^e, sess. ord. 1990-1991, n°1586-1, p. 54.

135. J.-L. FAGNART, *Traité pratique de droit commercial*, Tome 3, Diegem, Kluwer, 1998, p. 196.

136. Art. 58, alinéa 2 de la loi du 25 juin 1992; J.-L. FAGNART, *Traité pratique de droit commercial*, Tome 3, Diegem, Kluwer, 1998, p. 196; M. FONTAINE, *Droit des assurances*, Bruxelles, Larcier, 2010, n°655, p. 424.

137. J.-L. FAGNART, *Traité pratique de droit commercial*, Tome 3, Diegem, Kluwer, 1998, p. 202, propos non repris dans l'édition de 2011.

138. Voy. sur les controverses afférentes à la qualification de subrogation réelle: B. DUBUISSON, «Actualités législatives et jurisprudentielles dans les assurances de choses et de frais», in X., *Actualités en droit des assurances*, CUP n°106, Liège, Anthémis, 2008, pp. 160-161.

139. J.-L. FAGNART, *Traité pratique de droit commercial*, Tome 3, Diegem, Kluwer, 1998, p. 202, propos non repris dans l'édition de 2011.

140. D. DE MAESENEIRE, «Assurance-incendie. Les sinistres», X., *Traité pratique de l'assurance*, Waterloo, Kluwer, 2006, p. II.11.14-31.

141. Voy. D. DE MAESENEIRE, «Assurance-incendie. Les montants assurés», X., *Traité pratique de l'assurance*, Waterloo, Kluwer, 2005, II.11.5-01 - II.11.5-15 (15 p.); D. DE MAESENEIRE, «Art. 67 Wet Landverzekeringsovereenkomst», *Bull. Ass.*, 2001, liv. 4, pp. 761-764; C. EYBEN, «Le règlement de l'indemnité en assurance incendie (article 67 de la loi du 25 juin 1992)», in X., *L'assurance incendie*, Limal, Anthémis, 2011, pp. 107-150.

142. J.-L. FAGNART, *Traité pratique de droit commercial*, Tome 3, Diegem, Kluwer, 1998, p. 202, propos non repris dans l'édition de 2011.

143. P. COLLE, P. VANLERSBERGHE, «Verzekeringen en faillissement», *Bull. Ass.*, 1997, n°25, p. 22. Traduction libre: «La faillite peut, en certaines circonstances, être attribuée au failli lui-même. Une enquête sur les véritables causes de la faillite s'impose à chaque fois».

144. P. COLLE, P. VANLERSBERGHE, «Verzekeringen en faillissement», *Bull. Ass.*, 1997, n°26, p. 22.

145. P. COLLE, P. VANLERSBERGHE, «Verzekeringen en faillissement», *Bull. Ass.*, 1997, n°26, p. 22.

de rappeler que le curateur doit veiller à assurer l'immeuble loué par le failli. A défaut, il pourrait en effet voir sa responsabilité professionnelle engagée¹⁴⁶.

35. Assurance vol. La plupart des contrats d'assurance vol contiennent une clause de délaissement qui règle le sort de l'indemnité d'assurance dans l'hypothèse où le bien volé est finalement retrouvé. Le curateur veillera à faire usage de cette clause pour récupérer le bien volé lorsque l'objet assuré a pris de la valeur voire lorsque le bien a été sous-assuré¹⁴⁷. La créance de l'assureur, à savoir la récupération de l'indemnité versée, sera alors considérée comme une créance de la masse¹⁴⁸.

Section 3. Assurance de la responsabilité

A. Généralités

36. Aperçu. Les assurances de la responsabilité posent également de délicates questions lorsqu'elles se heurtent au droit de la faillite. La première question qui se pose est celle de savoir quel sort réserver à l'indemnité qui n'aurait pas encore été versée par l'assureur en cas de faillite de l'assuré. La seconde question concerne la solution à appliquer lorsque le failli est la victime.

37. Le sort de l'indemnité en cas de faillite de l'assuré: action directe prévue à l'article 86. Dans le cadre d'une assurance de la responsabilité, le sort à réserver à l'indemnité d'assurance en cas de faillite de l'assuré est fixé par l'article 86 de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre. En vertu de cette disposition, toute victime dispose d'une action directe à l'encontre de l'assureur qui couvre la responsabilité de l'auteur de son dommage. Il résulte de ce droit propre et direct que l'indemnité à laquelle la victime peut prétendre échappe au concours des créanciers de l'assuré.

38. L'article 20, 9° de la loi hypothécaire: un intérêt pratique fort limité¹⁴⁹. L'article 20, 9°¹⁵⁰ fut inséré initialement par la loi du 24 mai 1937. Le législateur a

cru bon, dans le cadre de la loi du 25 juin 1992, d'abroger l'article 20, 9° et d'insérer un article 86. C'était toutefois sans compter sur le champ d'application plus restreint de la loi du 25 juin 1992.

Lors d'accidents qui échappaient à l'empire de la loi de 1992, le tiers victime se retrouvait donc démuné de privilège sur l'indemnité.

Le législateur jugea utile de pallier cette lacune et de revoir sa copie. Il réinséra, par la loi du 16 mars 1994¹⁵¹, un nouvel article 20, 9° dans la loi hypothécaire. La Cour de cassation, dans deux arrêts du 18 octobre 1945, n'a toutefois pas entendu déduire du privilège octroyé à la victime par l'article 20, 9° de la loi hypothécaire une quelconque action directe à l'encontre de l'assureur¹⁵².

39. Le failli personne lésée. Le sort à réserver aux indemnités tendant à la réparation du préjudicié failli fit très tôt émerger plusieurs controverses¹⁵³.

La loi du 8 août 1997 est finalement venue apporter une solution nouvelle. Aux termes de l'article 16, «*Sont également exclues de l'actif de la faillite, les indemnités accordées au failli pour la réparation du préjudice lié à la personne et causé par un acte illicite*».

La notion de «préjudice lié à la personne» n'est toutefois guère idoine au regard de la nomenclature actuelle des préjudices.

Il est aujourd'hui admis que les indemnités dues au failli qui résultent d'un préjudice extrapatrimonial causé par la faute d'un tiers ne pourront être versées au curateur et ce, peu importe que le préjudice soit postérieur ou antérieur au jugement de faillite¹⁵⁴.

La solution apportée par le législateur n'est toutefois pas sans poser de nouvelles difficultés¹⁵⁵. Le paiement de l'indemnité par l'assureur à la victime doit être appréhendé de manière évolutive et non figée. Par exemple, dès réception, les sommes perçues viendront se confondre avec les autres éléments du patrimoine du failli¹⁵⁶. De plus, l'insaisissabilité ne s'étendra pas aux revenus du capital¹⁵⁷. Enfin, l'acquisition de biens au moyen de l'indemnité d'assurance posera la question de l'application du mécanisme de la subrogation

146. Voy. Comm. Charleroi, 28 novembre 2003, *J.L.M.B.*, 2004, pp. 1470-1472.

147. P. COLLE, P. VANLERSBERGHE, «Verzekeringen en faillissement», *Bull. Ass.*, 1997, n°26, p. 22.

148. P. COLLE, P. VANLERSBERGHE, «Verzekeringen en faillissement», *Bull. Ass.*, 1997, n°26, p. 22.

149. Voy. J.-M. BINON, «Nature des droits du maître de l'ouvrage lésé à l'égard de l'assureur de responsabilité de l'entrepreneur», note sous Mons, 21 février 1990, *R.G.D.C.*, 1993, pp. 359-371.

150. L'article 20, 9° de la loi hypothécaire offrait dès 1937 une double protection à la victime. D'une part, tant que le tiers lésé n'était pas effectivement indemnisé, l'assureur ne se voyait pas libéré de ses obligations, d'autre part, il ne pouvait y avoir concours (vu le privilège) entre le tiers lésé et les autres créanciers de l'assuré (E. DIRIX, «Commentaire art. 20, 9° L. hyp.», in X., *Privilèges et hypothèques. Commentaire avec aperçu de jurisprudence et de doctrine, III. Des privilèges, D. Des privilèges spéciaux*, Malines, Kluwer, 2004, suppl. 15, 15 octobre 2004, p. 96).

151. Loi du 16 mars 1994 portant modification de certaines dispositions de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre, *M.B.*, 4 mai 1994.

152. Voy. Cass. 18 octobre 1945, *Arr. Cass.*, 1945, p. 222, *Pas.*, 1945, I, p. 240 cités par E. DIRIX, «Commentaire art. 20, 9° L. hyp.», in X., *Privilèges et hypothèques. Commentaire avec aperçu de jurisprudence et de doctrine, III. Des privilèges, D. Des privilèges spéciaux*, Malines, Kluwer, 2004, p. 97. Voy. également, Mons, 21 février 1990, *R.G.D.C.*, 1993, p. 356, note J.-M. BINON.

153. J. RUSTAERT, «De l'effet de la faillite sur le sort de l'indemnité de réparation du dommage résultant de la lésion d'un droit exclusivement attaché à la personne», *Bull. Ass.*, 1982, p. 21 et s.

154. M. DE GRAEVE, B. WINDEY, «Gerechtigd akkoord en faillissement. Verzekeringsaspecten», in *Gerechtigd Akkoord en Faillissement*, Antwerpen, Kluwer, 2000, hoofdstuk IX, n°74; F. T'KINT, W. DERIJCKE, *La faillite*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 215.

155. Pour les problèmes d'interprétation antérieurs à la loi du 8 août 1997, voy. B. WINDEY, «De verzekeringnemer in de nieuwe insolventiewetgeving», in X., *Actualia verzekeringen*, Anvers, Maklu, 2000, pp. 322-323.

156. F. T'KINT, W. DERIJCKE, *La faillite*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 216.

157. F. T'KINT, W. DERIJCKE, *La faillite*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 216.

réelle¹⁵⁸. Différents critères devront certainement être dégagés afin de mettre en œuvre les principes édictés.

B. RC dirigeants d'entreprise

40. Assurance de la responsabilité des dirigeants¹⁵⁹. Le contrat d'assurance de responsabilité des dirigeants est souscrit par la société¹⁶⁰ et non par les dirigeants eux-mêmes¹⁶¹. Il couvre généralement l'ensemble des mandataires sociaux¹⁶² lorsque leur responsabilité est mise en cause «à raison de faits relevant de (leur) mandat d'administrateur»¹⁶³.

41. Responsabilité des dirigeants d'entreprise et faillite. La faillite d'une société résulte parfois directement ou indirectement de fautes de gestion des dirigeants d'entreprise¹⁶⁴.

L'action en comblement de passif¹⁶⁵ offre au curateur la possibilité de réclamer «tout ou partie des dettes sociales à concurrence de l'insuffisance d'actif» en cas de faute grave et caractérisée commise par les dirigeants et ayant contribué à la faillite.

En marge de cette action, on retrouve également les actions en responsabilité fondées sur le Code des sociétés¹⁶⁶. Ces actions sont introduites contre les dirigeants. Dans l'hypothèse d'une faillite, la personne habilitée à mettre en œuvre ces actions est le curateur pour autant que ces dernières visent à «réparer le préjudice collectif subi par la masse des créanciers»¹⁶⁷.

42. Indemnité d'assurance. Nous venons de le voir, la responsabilité civile d'un dirigeant d'entreprise peut être engagée en suite de la faillite de sa société. Le curateur disposera, dans l'hypothèse où un contrat d'assurance RC dirigeants a été souscrit, d'un droit propre contre l'assureur RC dirigeants d'entreprise sur la base de l'article 86 de la loi du 1992¹⁶⁸. L'indemnité tombera dans la masse. Quant aux autres personnes lésées, elles pourront se prévaloir de l'action directe offerte par l'article 86 à l'encontre de l'assureur afin d'échapper à la loi du concours¹⁶⁹.

Section 4. Assurance-crédit et assurance-caution

A. Assurance-crédit

43. Faillite de l'assuré et dissolution du contrat (Renvoi supra n°10 et 24). Les contrats d'assurance-crédit¹⁷⁰ échappent à l'article 32 de la loi du 25 juin 1992 qui cède le pas aux principes de la liberté contractuelle et les principes du droit commun de la faillite et des contrats.

Vu son caractère *intuitu personae*, le contrat d'assurance-crédit doit normalement, dans la logique des principes du droit de la faillite, être dissous de plein droit au jour du jugement déclaratif de faillite de l'assuré. Cette exception générale au maintien du contrat fut dégagée par la doctrine classique¹⁷¹.

Cette dissolution de plein droit des contrats d'assurance-crédit ne trouve toutefois guère d'échos en pratique. Rappelons d'ailleurs que la loi de 1992 ne dit mot d'une dissolution de plein droit des contrats d'assurance-crédit en cas de faillite¹⁷². Les acteurs du marché semblent préférer à une dissolution de plein droit qui trouverait son fondement dans le droit de la faillite le recours à la clause de résiliation (voy. supra n°24)¹⁷³. Cette dernière est pratiquement omniprésente dans les contrats d'assurance-crédit.

44. Particularité de l'assurance-crédit: possibilité dans le chef de l'assureur de refuser sa garantie. Dans la majorité des cas, la faillite de l'assuré entraîne la fin du paiement des primes d'assurance. L'article 73 de la loi du 25 juin 1992 règle le sort du contrat d'assurance-crédit en cas de non-paiement des primes. Par dérogation aux articles 16 et 17 de la loi (hypothèses de suspension et de résiliation), «lorsque le preneur n'effectue pas le paiement des primes échues dans le mois de la sommation de payer, l'assureur a la faculté de refuser définitivement sa garantie; dans ce cas, le preneur reste tenu du paiement des primes échues»¹⁷⁴. Le refus définitif de garantie prend le pas sur les principes de suspension et de résiliation. «L'assureur cré-

158. F. T'KINT, W. DERIJCKE, *La faillite*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 216.

159. Voy. sur l'assurance de responsabilité des dirigeants, V. CALLEWAERT, «L'assurance de la responsabilité civile des dirigeants de sociétés», in X., *La responsabilité des dirigeants de personnes morales*, Bruxelles, la Charte, 2007, pp. 175-235; N. GLIBERT, «De verzekering van de bestuurdersaansprakelijkheid», *R.G.A.R.*, 2010, n°14670.

160. Le commerçant qui exerce en personne physique n'est donc pas visé par les développements relatifs à l'assurance RC dirigeants.

161. C. COUNE, T. LOFFET, «L'assurance de la responsabilité des dirigeants d'entreprise», in X., *Les assurances de responsabilité de l'entreprise. Questions choisies*, Louvain-la-Neuve, 2010, p. 42. Il n'existe toutefois pas d'obstacle à la souscription personnelle par l'administrateur d'une RC professionnelle (voy. J. FAGNART, «L'assurance de la responsabilité civile des dirigeants d'entreprise», in X., *Responsabilité. Traité théorique et pratique*, Partie II, Titre VII, Vol. 2, Waterloo, Kluwer, 2003, p. 39).

162. O. RALET, «Exonération, garantie et assurance de la responsabilité civile des dirigeants», *D.A.O.R.*, 1996, liv. 40, pp. 9-23.

163. O. RALET, «Exonération, garantie et assurance de la responsabilité civile des dirigeants», *D.A.O.R.*, 1996, liv. 40, pp. 9-23.

164. I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 783.

165. Articles 265, 409 et 530 du Code des sociétés. Voy. N. GLIBERT, «De verzekering van de bestuurdersaansprakelijkheid», *R.G.A.R.*, 2010, n°14670/3.

166. Voy. C. COUNE, T. LOFFET, «L'assurance de la responsabilité des dirigeants d'entreprise», in X., *Les assurances de responsabilité de l'entreprise. Questions choisies*, Louvain-la-Neuve, 2010, pp. 30-32.

167. I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 345.

168. P. COLLE, P. VANLERSBERGHE, «Verzekeringen en faillissement», *Bull. Ass.*, 1997, n°26, p. 24.

169. N. GLIBERT, «De verzekering van de bestuurdersaansprakelijkheid», *R.G.A.R.*, 2010, n°14670/9.

170. Voy. notamment: M. FONTAINE, *Essai sur la nature juridique de l'assurance-crédit*, Bruxelles, C.I.D.C., 1966 et, plus récemment, P. BECUE, *Assurance-crédit et assurance-cautionnement*, Waterloo, Kluwer, 2013.

171. Voy. en ce sens les travaux préparatoires: *Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess. ord., 1991-1992, n°0631/1, p. 23; F. GEORGE, «Faillite et (in)exécution du contrat: questions choisies», in X., *Chronique de jurisprudence en matière de contrats spéciaux*, Liège, Anthemis, 2011, pp. 198-207.

172. L'article 47 de la loi du 1992 ne concerne que la dissolution de plein droit des contrats *intuitu personae* en cas de décès de l'assuré.

173. Voy. J.-L. FAGNART, *Traité pratique de droit commercial*, Tome 3, Waterloo, Kluwer, 2011, n°440.

174. Article 73 de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre.

dit devra néanmoins observer un délai d'un mois à dater de la sommation»¹⁷⁵. A la clause de résiliation s'ajoute une nouvelle possibilité dans le chef de l'assureur de mettre fin au contrat d'assurance-crédit.

45. Quid des crédits en cours? La dissolution du contrat emporterait-elle des conséquences sur les crédits en cours? La question se pose avec acuité car le contrat d'assurance-crédit se présente généralement sous la forme de polices à alimenter. L. Schuermans est d'avis que ces crédits restent couverts¹⁷⁶. On pourrait toutefois objecter que ces crédits ont été assurés en considération de leur gestion active par le créancier et que la faillite empêchera ce dernier de poursuivre cette gestion. On retrouve ici l'aspect *intuitu personae* du contrat d'assurance-crédit. A défaut de stipulations contractuelles, le doute reste par conséquent permis.

46. Faillite du débiteur de l'assuré: subrogation. Il faut se garder de confondre la faillite de l'assuré et la faillite du débiteur de ce dernier. La faillite du débiteur de l'assuré n'aura pas d'incidence sur le contrat d'assurance-crédit intervenu entre le créancier assuré et l'assureur. Elle ouvrira simplement au premier d'entre eux, sous réserve de l'application de l'article 74 (voy. *infra* n° 47), le droit aux prestations d'assurance.

En vertu de l'article 75, l'assureur sera subrogé dans les droits de l'assuré à concurrence de la totalité des créances assurées. Par conséquent, il nous semble que seul l'assureur pourra introduire une déclaration de créance à la faillite du débiteur de l'assuré. Elle sera inscrite au passif chirographaire¹⁷⁷. Tout au plus, la créance assurée sera assortie d'une clause de réserve de propriété¹⁷⁸ voire d'une garantie personnelle.

47. Faillite du débiteur de l'assuré et aggravation du risque. En marge, l'objet du risque, à savoir la défaillance (voire la faillite) du débiteur de l'assuré, mérite quelques développements. Les dispositions relatives à l'aggravation du risque en assurance-crédit (et assurance-caution) dérogent au droit commun de l'assurance. L'article 74, §2 instaure un régime spécifique: «Lorsque, au cours de l'exécution d'un contrat, le risque de survenance d'un événement assuré s'est ag-

gravé, le preneur d'assurance doit en faire immédiatement la déclaration à l'assureur.

Si un sinistre survient et que le preneur ait omis, dans une intention frauduleuse, de déclarer l'aggravation, l'assureur a le droit de décliner toute garantie et de conserver la prime.

Si le preneur est de bonne foi, l'assureur peut réduire sa prestation selon le rapport entre la prime payée et la prime que le preneur d'assurance aurait dû payer si l'aggravation avait été prise en considération. L'assureur peut néanmoins décliner sa garantie s'il établit qu'il n'aurait en aucun cas assuré le risque aggravé. Dans ce cas, il restitue la prime».

L'assuré doit donc informer son assureur de tout «renseignement défavorable affectant la solvabilité ou l'honorabilité des acheteurs agréés» notamment le non-paiement des créances à l'échéance¹⁷⁹. Il devra ainsi se montrer diligent et ne pas attendre passivement le jugement déclaratif de faillite de son débiteur afin d'éviter que l'assureur n'invoque son droit à décliner sa garantie. De nombreuses clauses du contrat viennent généralement modaliser et préciser les obligations des parties en cas d'aggravation du risque.

B. Assurance-caution

48. Notions. L'assurance-caution, au même titre que l'assurance-crédit, garantit le créancier contre l'insolvabilité du débiteur¹⁸⁰. «L'assurance-caution est une assurance dans laquelle l'assureur se porte caution solidaire du débiteur. Il est tenu de remplir son engagement à la première demande du bénéficiaire sans attendre l'insolvabilité définitive du débiteur»¹⁸¹. Elle fonctionne «selon le schéma de l'assurance pour compte»¹⁸². Son sort est réglé aux côtés de celui de l'assurance-crédit (articles 70 à 76 de la loi de 1992).

49. Distinction avec l'assurance-crédit. A la différence de l'assurance-crédit, l'assurance-caution est souscrite par le débiteur et non le créancier¹⁸³. Le bénéficiaire de l'assurance-caution n'est pas le preneur d'assurance (le débiteur), mais plutôt le créancier.

50. Faillite du débiteur et sort du contrat. Certains auteurs estiment qu'en cas de faillite le contrat sera, sauf stipulations contractuelles contraires, maintenu¹⁸⁴. Cette opinion en faveur du maintien nous

175. Y. MERCHIERS, «Assurance-crédit et assurance caution», in X., *La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre*, Louvain-la-Neuve, Academia, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 174.

176. L. SCHUERMANS, *Grondslagen van het Belgisch verzekeringsrecht*, Anvers, Intersentia, 2008, n°595.

177. E. RIGUELLE, «L'assurance-crédit. Outil de prévention et assurance contre les défaillances de paiement», *Bull. Ass.*, 2010, n°371, p. 145.

178. E. RIGUELLE, «L'assurance-crédit. Outil de prévention et assurance contre les défaillances de paiement», *Bull. Ass.*, 2010, n°371, p. 145.

179. Y. MERCHIERS, «Assurance-crédit et assurance caution», in X., *La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre*, Louvain-la-Neuve, Academia, Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 170-171.

180. Y. MERCHIERS, «Assurance-crédit et assurance caution», in X., *La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre*, Louvain-la-Neuve, Academia, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 161.

181. Y. MERCHIERS, «Assurance-crédit et assurance caution», in X., *La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre*, Louvain-la-Neuve, Academia, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 163.

182. M. FONTAINE, *Droit des assurances*, Bruxelles, Larcier, 2010, n°218, p. 161.

183. Y. MERCHIERS, «Assurance-crédit et assurance caution», in X., *La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre*, Louvain-la-Neuve, Academia, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 163; P. COLLE, P. VANLERSBERGHE, «Verzekeringen en faillissement», *Bull. Ass.*, 1997, n°32, p. 28.

184. Y. MERCHIERS, «Assurance-crédit et assurance caution», in X., *La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre*, Louvain-la-Neuve, Academia, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 175.

semble difficilement défendable. Bien que l'article 46 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites soit venu, dans l'intervalle, confirmer le principe de la poursuite des contrats en cours, l'exception relative aux contrats *intuitu personae* (dégagée par la doctrine classique bien avant l'introduction de la loi sur le contrat d'assurance terrestre) continue d'être applicable.

Le contrat d'assurance-caution appartenant à la catégorie des contrats *intuitu personae*¹⁸⁵, il semble plus correct de parler de dissolution de plein droit au jour du jugement déclaratif de faillite. La pratique ne semble toutefois pas se conformer rigoureusement aux principes susmentionnés.

51. Droits des créanciers de la masse sur les prestations d'assurance. Le créancier du failli, bénéficiaire du contrat d'assurance-caution, peut-il échapper au concours des créanciers et se faire payer intégralement par l'assureur? La question fit débat en jurisprudence. Au centre des discussions revenait la sempiternelle difficulté du respect du principe de l'égalité des créanciers. D'un côté, le tribunal de commerce de Namur¹⁸⁶ estima que le curateur «n'a pas qualité pour intervenir dans le litige opposant la caution (...) aux créanciers des sociétés». De l'autre, le tribunal de commerce de Veurne¹⁸⁷ voyait dans la réclamation du créancier une violation du principe d'égalité: «il est évident qu'elle rompt le grand principe de l'égalité des créanciers étant donné que le sort de tous les créanciers de la faillite doit être traité de manière égale et qu'aucun privilège ne vaut à moins que la loi ne le prévoit (...); comme représentant de la masse des créanciers, le curateur est habilité à réclamer les cautionnements»¹⁸⁸.

Nous partageons l'opinion de P. Colle: «la règle de l'égalité des créanciers qui doit être respectée entre les créanciers concernés par le concours vaut exclusivement dans les rapports entre débiteur et créanciers. La règle de l'égalité ne fait pas obstacle au paiement ou libéralité d'un tiers»¹⁸⁹⁻¹⁹⁰. Dans son arrêt du 7 mai 1980¹⁹¹, la Cour de cassation trancha la controverse en ce sens: «le curateur représente uniquement le failli et la masse des créanciers; il peut donc uniquement exercer les réclamations qui concernent le gage commun des créanciers constitué par le patrimoine du failli»¹⁹²: l'action dirigée à l'encontre de la caution en cas de non-paiement du débiteur appartient au créancier au bénéfice duquel le contrat de cautionnement a été conclu et non au curateur de la faillite.

L'assureur qui aura payé les montants en vertu du contrat d'assurance-caution ne pourra pas, quant à lui, échapper aux effets du concours.

52. Application des articles 86-87 de la loi sur les faillites. L'assureur qui aura payé la créance du débiteur en sa qualité d'«assureur-caution» est compris dans la masse, conformément à l'article 87 de la loi du 8 août 1997, «pour ce qu'il a payé à la décharge du failli»¹⁹³. Il pourra introduire une déclaration de créance à la faillite mais uniquement à concurrence des montants déboursés. Il nous semble en effet que le mécanisme de subrogation particulier prévu à l'article 75 de la loi du 25 juin 1992 ne pourrait trouver ici application (Voy. *supra* n°46). Le recours de l'assureur contre le débiteur failli ne peut être considéré comme une action subrogatoire dans la mesure où le recours est dirigé contre le souscripteur même du contrat d'assurance et non contre un tiers.

53. Quid des articles 72 à 75 de la loi du 25 juin 1992? Les articles 72 à 75 de la loi de 1992 n'excluent pas expressément de leur champ d'application l'assurance-caution. Bien au contraire, l'intitulé de la sous-section III englobe les deux types d'assurance (assurance-crédit et assurance-caution). De plus, dans les travaux préparatoires, l'assurance-caution est appréhendée comme une forme d'assurance-crédit¹⁹⁴. Il n'est toutefois pas toujours facile d'appliquer à l'assurance-caution les principes inscrits aux articles 72 à 75¹⁹⁵. Les textes de la sous-section III ont été rédigés en ayant principalement à l'esprit l'assurance-crédit, raison pour laquelle ils ne sont pas toujours très adaptés à l'assurance-caution. Force est d'ailleurs de constater que, tandis que l'article 76 mentionne expressément le terme «assurance-caution», les articles 72 à 75 n'en disent mot.

L'article 73 intitulé «refus définitif de la garantie» dispose:

«Par dérogation aux articles 16, alinéa 2, et 17, lorsque le preneur n'effectue pas le paiement des primes échues dans le mois de la sommation de payer, l'assureur a la faculté de refuser définitivement sa garantie; dans ce cas, le preneur reste tenu du paiement des primes échues».

Cet article pose ainsi plusieurs difficultés au regard de la pratique¹⁹⁶. Par exemple, «bij de borgtochtverzekering kan de verzekeraar de overeenkomst inzake garantiefaciliteit (de zgn. Polis) onmiddellijk opzeggen bij

185. P. BECUE, «De borgtochtverzekering in België: een juridische en economische verzekering», *Bull. Ass.*, 2012, p. 24.

186. Comm. Namur, 29 mars 1983, *R.D.C.*, 1986, p. 700, décision citée par P. COLLE, P. VANLERSBERGHE, «Verzekeringen en faillissement», *Bull. Ass.*, 1997, n°36, p. 28.

187. Comm. Veurne, 21 décembre 1983, *R.D.C.*, 1987, p. 223 décision citée par P. COLLE, P. VANLERSBERGHE, «Verzekeringen en faillissement», *Bull. Ass.*, 1997, n°36, p. 28.

188. Traduction libre.

189. P. COLLE, P. VANLERSBERGHE, «Verzekeringen en faillissement», *Bull. Ass.*, 1997, n°36, p. 28.

190. Traduction libre.

191. Cass., 7 mai 1980, *Bull. Ass.*, 1980, p. 1104.

192. Traduction libre.

193. Article 87 de la loi du 8 août 1997.

194. Projet de loi sur le contrat d'assurance terrestre, Exposé des motifs, Ch. Repr., 48^e sess. ord. 1990-1991, n°1586-1, p. 63.

195. Voy. P. BECUE, «De borgtochtverzekering in België: een juridische en economische verzekering», *Bull. Ass.*, 2012, pp. 26-36.

196. P. BECUE, «De borgtochtverzekering in België: een juridische en economische verzekering», *Bull. Ass.*, 2012, p. 36.

niet-betaling van de premies, maar de dekking van de daarvoor afgegeven waarborgen blijft bestaan tot hun vrijgave door de begunstigde. Er is dus geen verval van dekking. (...) de persoonlijke excepties, gegrond op de relatie tussen de verzekeraar en de verzekeringnemer, kunnen niet aan de derde-begunstigde worden tegenworpen. We denken bv. aan de niet betaalde premies»¹⁹⁷. Il n'empêche que les parties pourront toujours stipuler le maintien de la garantie en cas de faillite du débiteur¹⁹⁸.

Les principes relatifs à l'aggravation du risque consignés dans l'article 74 de la loi de 1992 ne sont également guère transposables à l'assurance-caution¹⁹⁹⁻²⁰⁰. Appliquer l'article 74 combiné avec l'article 38 de la loi de 1992 au contrat d'assurance-caution reviendrait à obérer toute chance de recouvrement du créancier auprès de la caution. L'article 74 n'est donc guère appliqué en pratique aux contrats d'assurance-caution. Vu son caractère supplétif, il est d'ailleurs souvent écarté par les parties. «Si le preneur d'assurance a été négligent dans la communication des données relatives à sa situation financière ou le développement du projet, on peut difficilement l'imputer à l'assuré. Autrement ceci pourrait affecter la sécurité juridique»²⁰¹. A la différence de l'assurance-crédit, l'assurance-caution offre généralement une couverture intégrale des montants impayés²⁰². Le recours subséquent de l'assureur est normalement régi par l'article 75 qui prévoit que «Tous les droits et actions de l'assuré relatifs à la créance faisant l'objet de l'assurance sont transférés à l'assureur qui a indemnisé, même partiellement, l'assuré».

Or, le pourcentage appliqué en matière d'assurance-crédit ne trouve pas, en réalité, de pendant en assu-

rance-caution. Le législateur ne semblait pas avoir en tête, lors de l'insertion d'un article 75, l'hypothèse de l'assurance-caution. D'ailleurs, il nous semble que le recours de l'assureur contre le débiteur failli ne puisse être considéré comme une action subrogatoire dans la mesure où le recours est dirigé contre le souscripteur même du contrat d'assurance et non contre un tiers. Reste qu'en l'état actuel l'article 75, est toujours rangé au sein d'une sous-section qui englobe l'assurance-caution. P. Becue nuance ainsi son propos: «L'article 75 de la loi sur le contrat d'assurance terrestre est applicable à l'assurance-caution mais est de droit supplétif»²⁰³.

Section 5. Assurance de personnes

A. Assurance vie

1) Sort du contrat (rappel)

54. Faillite du preneur. Bien que la qualification puisse prêter le flanc à la critique, le contrat d'assurance vie²⁰⁴ est rangé par certains auteurs au sein des la catégorie des contrats *intuitu personae*²⁰⁵.

Si l'on applique rigoureusement les principes dégagés par la doctrine classique à l'égard de cette dernière catégorie, la faillite du preneur d'assurance entraîne normalement, la dissolution de plein droit du contrat²⁰⁶.

Cette extinction du contrat *intuitu personae* se trouve en porte à faux avec la pratique ainsi que les objectifs poursuivis par le législateur. La plupart des auteurs balayent d'ailleurs implicitement d'un revers de la

197. P. BECUE, «De borgtochtverzekering in België: een juridische en economische verzekering», *Bull. Ass.*, 2012, p. 36. Traduction libre: «En assurance-caution, l'assureur peut immédiatement résilier le contrat de garantie (ce qu'on appelle police d'assurance) en cas de non-paiement des primes mais la couverture des cautionnements continue à exister jusqu'à leur libération par le bénéficiaire. Il n'y a donc aucune déchéance de la couverture. (...) Les exceptions personnelles fondées sur la relation entre l'assureur et le preneur d'assurance ne peuvent être opposées au tiers bénéficiaire. Nous pensons par exemple aux primes non-payées».

198. La convention contraire est possible en ce qui concerne l'exercice de la faculté réservée à l'assureur, puisque dans cette mesure, l'article 73 n'est pas impératif.

199. Cet article dispose que:

«Sauf clause contraire, les règles suivantes s'appliquent:

§ 1er. Lorsque l'omission ou l'inexactitude dans la déclaration ne sont pas intentionnelles, l'assureur peut réduire sa prestation dans le rapport entre la prime payée et la prime que le preneur d'assurance aurait dû payer s'il avait régulièrement déclaré le risque. L'assureur peut néanmoins décliner sa garantie s'il établit qu'il n'aurait en aucun cas assuré le risque réel. Dans ce cas, il restitue la prime.

Si une circonstance inconnue des deux parties lors de la conclusion du contrat vient à être connue en cours d'exécution de celui-ci, il sera fait application du paragraphe 2 si ladite circonstance constitue une aggravation du risque assuré.

§ 2. Lorsque, au cours de l'exécution d'un contrat, le risque de survenance d'un événement assuré s'est aggravé, le preneur d'assurance doit en faire immédiatement la déclaration à l'assureur.

Si un sinistre survient et que le preneur ait omis, dans une intention frauduleuse, de déclarer l'aggravation, l'assureur a le droit de décliner toute garantie et de conserver la prime.

Si le preneur est de bonne foi, l'assureur peut réduire sa prestation selon le rapport entre la prime payée et la prime que le preneur d'assurance aurait dû payer si l'aggravation avait été prise en considération. L'assureur peut néanmoins décliner sa garantie s'il établit qu'il n'aurait en aucun cas assuré le risque aggravé. Dans ce cas, il restitue la prime».

200. P. BECUE, «De borgtochtverzekering in België: een juridische en economische verzekering», *Bull. Ass.*, 2012, p. 34.

201. P. BECUE, «De borgtochtverzekering in België: een juridische en economische verzekering», *Bull. Ass.*, 2012, p. 34. Traduction libre.

202. P. BECUE, «De borgtochtverzekering in België: een juridische en economische verzekering», *Bull. Ass.*, 2012, p. 35.

203. P. BECUE, «De borgtochtverzekering in België: een juridische en economische verzekering», *Bull. Ass.*, 2012, p. 35. Traduction libre.

204. Une comparaison relative à la question du sort du contrat avec les «assurances de personnes autres que sur la vie» est proposée dans cette rubrique malgré son intitulé.

205. Voyez sur la qualification de contrat *intuitu personae*, P. COLLE, P. VANLERSBERGHE, «Verzekeringen en faillissement», *Bull. Ass.*, 1997, p. 16, n°13 qui renvoient aux travaux préparatoires; M. FONTAINE, *Droit des assurances*, Bruxelles, Larcier, 2010, n°442, p. 314.

206. La doctrine reste encore incertaine quant à la qualification à attribuer au mode de dissolution voire à sa mise en œuvre. La question prête à discussion: Fredericq (L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge, t.VII. Faillites et banqueroutes. Sursis de paiement. Concordats judiciaires*. Gand, Fechey, 1949, p. 534, n°360), F. T'Kint et W. Derijcke (F. T'KINT, W. DERIJCKE, *La faillite*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 217, n°223) parlent de résolution de plein droit des contrats conclus *intuitu personae*, P. WERY (P. WERY, «Vue d'ensemble sur les causes d'extinction des contrats», in *Fin du contrat*, Liège, Edition Formation Permanente CUP, 2001, pp. 30 et s.; P. WERY, *Les obligations*, t. IV, l. I, *Rép. Not.*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 982 et s.) présente la faillite comme une cause d'extinction à part entière tandis que P.A. FORIERS (P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation. De la nature des choses à l'équité, de l'impossibilité d'exécution au principe de l'exécution de bonne foi*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 189-193; P.A. FORIERS, C. DE LEVAL, «Les effets de la dissolution du contrat sur les dispositions contractuelles», in X., *Questions spéciales en droit des contrats*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 170) prône une extension de la caducité au motif de «survenance d'une incapacité d'une des parties pour autant qu'elle rende impossible la poursuite de l'exécution des obligations de celle-ci».

main le principe de dissolution²⁰⁷. Ils interprètent *a contrario* l'article 32 pour préférer à la dissolution, le maintien du contrat.

Cette position se fonde-t-elle sur le fait que *l'intuitu personae* porte sur les qualités physiques de l'assuré (âge, santé, ...) plutôt que sur la situation financière de ce dernier qui n'affecte pas le risque couvert? N'y a-t-il pas lieu de remettre en cause ou, à tout le moins, de s'interroger sur le caractère *intuitu personae* du contrat (voy. *supra* n°23)?

La réflexion mériterait que l'on s'y attarde. Dans l'intervalle, le flou qui règne en la matière appelle une intervention législative.

De nombreuses clauses viennent fort heureusement régir en pratique les conséquences d'un tel évènement et lever les ambiguïtés²⁰⁸.

55. Non-paiement des primes: régime et comparaison avec les assurances de personnes autres que sur la vie²⁰⁹. Une distinction doit préalablement être opérée entre les contrats d'assurance sur la vie et les contrats d'assurance de personnes autres que sur la vie.

Une particularité propre aux contrats d'assurance sur la vie est le caractère facultatif du paiement des primes inscrit à l'article 104 de la loi de 1992. A défaut de paiement, le contrat pourra être résilié (l'assureur devra payer la valeur de rachat du contrat), ou sera diminué dans ses effets (le contrat est maintenu, mais fera l'objet d'une réduction)²¹⁰. Le régime de la suspension ne sera toutefois pas applicable en vertu de l'article 16, alinéa 5.

Les assurances de personnes autres que l'assurance sur la vie bénéficient d'un autre régime. «Le défaut de paiement de la prime peut donner lieu à la suspension de la garantie ou à la résiliation du contrat»²¹¹ en respectant le prescrit des articles 14 et 15 de la loi du 25 juin 1992. Si, lors de la survenance de la faillite, la garantie est déjà suspendue, le sinistre ne pourra être couvert (voy. *supra* n°16).

L'épargne du preneur (la provision ou réserve mathématique) constitue une créance du preneur à l'égard

de son assureur. Celui-là pourra se prévaloir de son droit de créance à l'égard de celui-ci selon des «modalités diverses»²¹² telles que le rachat et la réduction²¹³.

56. Exception au caractère facultatif du paiement des primes. L'article 105 de la loi de 1992 dispose que «Le preneur d'assurance peut, par une convention autre que le contrat d'assurance sur la vie qu'il a conclu, s'engager à demeurer dans les liens de ce dernier contrat en en payant les primes». L'exemple par excellence est la souscription d'un contrat d'assurance vie à titre de garantie de remboursement d'un emprunt hypothécaire²¹⁴. En parallèle, le tiers prêteur prévoit toutefois que, à défaut de payer régulièrement les primes, le débiteur sera déchu de son droit à l'étalement du remboursement de sa dette²¹⁵.

La faillite du débiteur permettra au créancier de déposer une déclaration de créance pour le montant intégral de cette dernière. L'article 22 de la loi sur les faillites prévoit également la déchéance du terme et l'exigibilité immédiate des créances.

2) Droits et actions attachés à la personne du débiteur

57. Droits du preneur d'assurance. Le preneur d'assurance aussi appelé souscripteur dispose de nombreux droits en matière d'assurance vie. Ces droits lui sont exclusivement réservés²¹⁶. Les articles 114, al.1, 116, al.1, 117, al.1, et 119, al.1 consacrent le caractère «exclusif» ou «personnel» de ces droits. On parle généralement d'un «monopole» dans le chef du preneur d'assurance²¹⁷.

On relève, parmi ces droits attachés à la personne du preneur, le droit de maintenir en vigueur la police, le droit à la réduction du contrat, le droit de rachat du contrat, le droit à l'avance sur police, le droit de cession et de mise en gage, le droit d'attribution bénéficiaire et de révocation, ...²¹⁸⁻²¹⁹. Nous les développerons successivement après avoir rappelé le fondement du monopole reconnu au preneur.

207. J. ERNAULT, «Les assurances et le droit de la faillite», *Bull. Ass.*, 1985, pp. 614-615; B. DUBUISSON, «Opérations sur la réserve mathématique. Droits du bénéficiaire, des héritiers et des créanciers (articles 114 à 126)», in X., *La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre*, Louvain-la-Neuve, Academia, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 305; P. COLLE, P. VANLERSBERGHE, «Verzekeringen en faillissement», *Bull. Ass.*, 1997, n°38, p. 13.

208. J. ERNAULT, «Les assurances et le droit de la faillite», *Bull. Ass.*, 1985, p. 614.

209. «Par exemple, les assurances contre les risques d'accident de la vie privée, les assurances contre les accidents du travail, les assurances contre les risques de maladie ou invalidité, les assurances de natalité ou de nuptialité et les assurances de frais funéraires» (J.-M. BINON, *Droit des assurances de personnes*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 27).

210. J.-L. FAGNART, *Traité pratique de droit commercial*, Tome 3, Diegem, Kluwer, 1998, p. 321, propos non repris dans l'édition de 2011.

211. J.-M. BINON, *Droit des assurances de personnes*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 58.

212. J.-L. FAGNART, *Traité pratique de droit commercial*, Tome 3, Diegem, Kluwer, 1998, p. 321, propos non repris dans l'édition de 2011.

213. Voy. B. DUBUISSON, «Opérations sur la réserve mathématique. Droits du bénéficiaire, des héritiers et des créanciers (articles 114 à 126)», in X., *La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre*, Louvain-la-Neuve, Academia, Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 296 et s. Dans d'autres hypothèses, différentes opérations pourront encore être effectuées par le preneur sur la réserve mathématique notamment l'avance, la cession et la mise en gage.

214. J.-M. BINON, *Droit des assurances de personnes*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 137.

215. Voy. pour un cas d'application: Bruxelles, 23 septembre 2002, R.G.A.R., 2003, n°13774.

216. J. ERNAULT, «Les assurances et le droit de la faillite», *Bull. Ass.*, 1985, p. 614; X., *Questions de droit des assurances. Actes du colloque organisé par la Conférence libre du jeune barreau de Liège le 5 mai 1995*, Vol.I, Editions du jeune barreau de Liège, 1996, pp. 279 et s.; P. COLLE, P. VANLERSBERGHE, «Verzekeringen en faillissement», *Bull. Ass.*, 1997, n°43, p. 32; B. CLOOTS, M.-C., VANDERHAEGEN, «Afskoop van levensverzekeringen na faillissement», note sous Comm. Turnhout, 5 novembre 2002, R.D.C., 2004, pp. 598-600.

217. E. VIEUJEAN, «Le contrat d'assurance aujourd'hui», in X., *Questions de droit des assurances. Actes du colloque organisé par la Conférence libre du jeune barreau de Liège le 5 mai 1995*, Vol.I, Editions du jeune barreau de Liège, 1996, p. 182.

218. J. ERNAULT, «Les assurances et le droit de la faillite», *Bull. Ass.*, 1985, p. 614; X., *Questions de droit des assurances. Actes du colloque organisé par la Conférence libre du jeune barreau de Liège le 5 mai 1995*, Vol.I, Editions du jeune barreau de Liège, 1996, pp. 279 et s.

219. Le simple paiement de primes n'est par contre pas considéré comme un droit «personnel» (P. COLLE, «Groepsverzekering: niet-betaling van de premies, beëindiging van de arbeidsvereenkomst en faillissement», in X., *Liber Amicorum René Van Gompel*, Kluwer, Diegem, 1998, pp. 71-72).

58. Fondement du monopole. Il est généralement admis que le monopole du preneur découle du caractère strictement personnel des droits en question²²⁰. L'interdiction formulée à l'article 1166 du Code civil²²¹ trouve ainsi à s'appliquer: les créanciers ne peuvent exercer les droits et actions exclusivement attachés à la personne de leur débiteur. Certains avancent toutefois que «c'est plus fondamentalement, sa nature (la nature des droits) qui en interdit l'exercice au créancier»²²².

59. Maintien de la police en vigueur. Le preneur d'assurance décide seul du maintien du contrat d'assurance vie²²³. Partant, lors de la survenance d'une faillite, J. Ernault affirme que c'est au failli seul qu'il appartiendra de faire le choix du «maintien en vigueur d'un contrat souscrit avant la faillite, à condition que les primes postérieures à la faillite soient acquittées à l'aide de deniers qui échappent au dessaisissement»²²⁴. Pour B. Windey, «L'application de l'article 46 ne résout par les problèmes des assurances vie individuelles en cours. La décision de poursuivre l'assurance appartient en effet non pas au curateur mais au failli lui-même comme droit personnel»²²⁵⁻²²⁶.

60. Réduction du contrat. En vertu de l'article 114, alinéa 1 de la loi de 1992, le droit à la réduction du contrat appartient au preneur d'assurance. Un parallèle avec le maintien du contrat doit être établi. A suivre la théorie de J. Ernault, seul le failli peut décider du maintien ou de la cessation des primes entraînant une réduction du contrat. Par conséquent, le principe selon lequel il incombe au curateur de prendre position sur la poursuite des contrats serait inapplicable: «il se heurterait au caractère exclusivement personnel du droit du preneur d'assurance en la matière»²²⁷. La conclusion suivant laquelle le curateur ne peut s'immiscer et prendre position sur la poursuite ou non du contrat pourrait également découler d'un autre raisonnement à savoir l'application rigou-

reuse des principes du droit de la faillite qui prévoient la dissolution de plein droit du contrat *intuitu personae*²²⁸.

Une question surgit encore: le curateur peut-il alors souscrire un nouveau contrat d'assurance vie au nom du failli? Le caractère personnel des droits qui en découlent y fait-il obstacle? La question reste purement théorique. Il semble, à tout le moins, que le failli lui-même pourrait souscrire un tel contrat²²⁹ mais uniquement au moyen de montants qui échappent au dessaisissement. L'hypothèse, nous le concédons, n'est guère envisageable dans la pratique.

61. Rachat du contrat. L'article 114, alinéa 1 de la loi de 1992 reconnaît également à l'exercice du droit de rachat un caractère exclusif. Le curateur ne dispose ni du droit personnel qui appartient au preneur d'assurance (débiteur failli), ni de celui d'un éventuel tiers bénéficiaire. Il n'appartient par conséquent pas au curateur de «réclamer au profit de la masse la valeur de rachat du contrat»²³⁰, ni d'imposer au débiteur failli d'exercer son droit de rachat²³¹.

Plusieurs situations méritent d'être distinguées en présence d'un tiers bénéficiaire. Elles permettent de mieux cerner la portée et la justification de l'interdiction qui pèse sur le curateur.

Premièrement, si le tiers bénéficiaire est déterminé et a accepté le bénéfice du contrat, son droit devient irrévocable et «le curateur ne pourra y porter atteinte»²³². Le droit au rachat du contrat n'est également plus ouvert au failli²³³. Ce dernier pourra uniquement cesser le paiement des primes, non-paiement qui engendrera une réduction du contrat²³⁴. Le bénéficiaire du contrat d'assurance échappera au concours des créanciers du preneur d'assurance²³⁵.

Deuxièmement, si le tiers bénéficiaire est déterminé sans pour autant avoir marqué son accord sur l'attribution bénéficiaire, un rachat par le curateur reviendrait à une révocation²³⁶. Or, ce dernier droit est également personnel et ne relève pas du domaine d'action

220. J. ERNAULT, «Les assurances et le droit de la faillite», *Bull. Ass.*, 1985, p. 614; J.-L. FAGNART, *Traité pratique de droit commercial*, Tome 3, Diegem, Kluwer, 1998, p. 322, propos non repris dans l'édition de 2011.

221. P. COLLE, P. VANLERSBERGHE, «Verzekeringen en faillissement», *Bull. Ass.*, 1997, n°43, p. 32; B. CLOOTS, M.-C., VANDERHAEGEN, «Afskoop van levensverzekeringen na faillissement», note sous Comm. Turnhout, 5 novembre 2002, *R.D.C.*, 2004, p. 599.

222. E. VIEUJEAN, «Le contrat d'assurance aujourd'hui», in X., *Questions de droit des assurances. Actes du colloque organisé par la Conférence libre du jeune barreau de Liège le 5 mai 1995*, Vol. I, Editions du jeune barreau de Liège, 1996, p. 282.

223. P. COLLE, «Groepsverzekering: niet-betaling van de premies, beëindiging van de arbeidsovereenkomst en faillissement», in X., *Liber Amicorum René Van Gompel*, Kluwer, Diegem, 1998, pp. 71-72.

224. J. ERNAULT, «Les assurances et le droit de la faillite», *Bull. Ass.*, 1985, p. 615.

225. B. WINDEY, «De verzekeringnemer in de nieuwe insolventiewetgeving», in X., *Actualia verzekeringen*, Anvers, Maklu, 2000, p. 317.

226. Traduction libre.

227. J. ERNAULT, «Les assurances et le droit de la faillite», *Bull. Ass.*, 1985, p. 615.

228. A considérer bien entendu que l'on puisse reconnaître au contrat d'assurance vie un caractère *intuitu personae*. Sur cette question voy. *supra* n°23.

229. A. CLOQUET, *Les nouvelles. Droit commercial. Tome IV: les concordats et la faillite*, Bruxelles, Larquier, 1985, p. 397 qui envisage notamment l'hypothèse d'un nouveau contrat dont les primes sont payées par des tiers bienveillants.

230. J. ERNAULT, «Les assurances et le droit de la faillite», *Bull. Ass.*, 1985, p. 615. Voy. également M. DE GRAEVE, B. WINDEY, «Gerechtigd akkoord en faillissement. Verzekeringsaspecten», in *Gerechtigd Akkoord en Faillissement*, Antwerpen, Kluwer, 2000, hoofdstuk IX, n°55; B. CLOOTS, M.-C., VANDERHAEGEN, «Afskoop van levensverzekeringen na faillissement», note sous Comm. Turnhout, 5 novembre 2002, *R.D.C.*, 2004, p. 599; D. VERCRUYSE, «De bestaande overeenkomsten en het faillissement anno 2012: enige specifieke toepassingen», in X. *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen II*, Intersentia, Anvers, 2010, p. 184.

231. B. CLOOTS, M.-C., VANDERHAEGEN, «Afskoop van levensverzekeringen na faillissement», note sous Comm. Turnhout, 5 novembre 2002, *R.D.C.*, 2004, p. 599.

232. J. ERNAULT, «Les assurances et le droit de la faillite», *Bull. Ass.*, 1985, p. 615; B. CLOOTS, M.-C., VANDERHAEGEN, «Afskoop van levensverzekeringen na faillissement», note sous Comm. Turnhout, 5 novembre 2002, *R.D.C.*, 2004, p. 600.

233. B. WINDEY, «De verzekeringnemer in de nieuwe insolventiewetgeving», in X., *Actualia verzekeringen*, Anvers, Maklu, 2000, p. 318.

234. B. WINDEY, «De verzekeringnemer in de nieuwe insolventiewetgeving», in X., *Actualia verzekeringen*, Anvers, Maklu, 2000, p. 318.

235. B. CLOOTS, M.-C., VANDERHAEGEN, «Afskoop van levensverzekeringen na faillissement», note sous Comm. Turnhout, 5 novembre 2002, *R.D.C.*, 2004, p. 600.

236. J. ERNAULT, «Les assurances et le droit de la faillite», *Bull. Ass.*, 1985, p. 615; B. CLOOTS, M.-C., VANDERHAEGEN, «Afskoop van levensverzekeringen na faillissement», note sous Comm. Turnhout, 5 novembre 2002, *R.D.C.*, 2004, p. 600.

du curateur. Seul le failli est ainsi habilité à révoquer l'attribution bénéficiaire afin, le cas échéant, d'ensuite postuler le rachat du contrat²³⁷.

Enfin, en présence d'un tiers indéterminé, un potentiel rachat par le curateur emporterait l'impossibilité dans le chef du preneur de faire le choix d'un bénéficiaire. S'agissant à nouveau d'un droit personnel, l'exercice de ce dernier par le curateur est prohibé.

Lorsque le bénéficiaire est le failli lui-même, le droit au rachat qui lui est conféré n'est pas remis en cause²³⁸. L'exercice de ce droit ne présente toutefois guère d'intérêt pour le failli dans la mesure où la valeur de rachat tombera dans la masse²³⁹(voy. *infra* n°66). L'assureur qui paie la valeur de rachat doit veiller à la verser entre les mains du curateur et non du failli sous peine d'être obligé de la verser une deuxième fois au curateur²⁴⁰. Le cas échéant, le curateur soulèvera légitimement le principe «qui paie mal, paie deux fois»²⁴¹.

Le curateur dispose néanmoins en l'état actuel d'une marge de manœuvre, si minime soit-elle. Il pourra toujours agir sur le pied des articles 17 à 20 de la loi du 8 août 1997 lorsque la décision de rachat du preneur répond aux conditions de ces derniers articles. B. Dubuisson en donne l'illustration suivante: «Cette fraude peut en effet consister dans la substitution de biens aisément dissimulables (valeur de rachat...) à des biens facilement identifiables. De plus, le caractère personnel des droits du preneur n'empêche nullement qu'ils se prêtent à un exercice frauduleux»²⁴².

62. Avance sur police. L'avance sur police consiste «pour l'assuré (à) mobiliser temporairement une partie de (la) réserve (...) sur laquelle la compagnie percevait des intérêts»²⁴³. L'exercice de ce droit est à nouveau réservé au preneur d'assurance, à l'exclusion du curateur.

63. Cession et mise en gage. Le même sort doit être réservé à la cession et la mise en gage dans la mesure où il s'agit, à l'instar du rachat et de l'avance, de facultés personnelles au preneur (voy. articles 117, alinéa 1 et 119, alinéa 1 de la loi de 1992). Le curateur ne pourrait se substituer au failli dans l'exercice de ses

droits²⁴⁴. Lorsque le preneur est le bénéficiaire, il pourra céder le capital assuré à un tiers.

64. Attribution et révocation bénéficiaire. Le caractère personnel de l'exercice du droit d'attribution et de révocation ainsi que les conséquences qui en découlent ne sont plus à rappeler. Les articles 106 et 112 de la loi sur le contrat d'assurance terrestre sont explicites. Le curateur ne peut exercer les droits personnels attachés au preneur.

Plusieurs précisions doivent toutefois être ajoutées:

- Une attribution bénéficiaire reste révocable si elle n'a pas encore été acceptée²⁴⁵.
- Une attribution bénéficiaire acceptée est toujours révocable mais uniquement lorsqu'elle a été faite à titre gratuit et conformément aux règles de révocation des donations (article 121 de la loi du 25 juin 1992)²⁴⁶ ou à l'article 111 de la loi de 1992.
- Un changement d'attribution pendant la période suspecte peut être déclaré inopposable sur la base de l'article 17 de la loi sur les faillites²⁴⁷. Il s'agit par exemple de la situation où, après s'être désigné lui-même bénéficiaire, le preneur choisit, durant la période suspecte, de désigner un tiers bénéficiaire²⁴⁸. L'objectif est de soustraire le capital assuré au gage des créanciers. Il en va de même lorsque, malgré l'absence de désignation initiale de bénéficiaire²⁴⁹, le preneur choisit, au cours de la période suspecte, de désigner un tiers.

65. Une impasse? L'application rigoureuse du droit de la faillite conduirait à une impasse si l'on suit le principe théorique selon lequel le contrat d'assurance vie est *intuitu personae*. Le contrat prendrait fin de plein droit par la faillite sans qu'il ne soit possible au curateur ni de maintenir la police, ni de réduire voire de racheter le contrat. On se trouve alors dans un flou juridique: quel sort donner à la réserve mathématique du contrat qui a pris fin?

En amont, se pose la question de la «pseudo-immunité» conférée à la réserve mathématique lorsque le bénéficiaire est le preneur. Cette dernière, à défaut d'être arrivée à échéance, est intouchable et échappe

237. B. WINDEY, «De verzekeringnemer in de nieuwe insolventiewetgeving», in X., *Actualia verzekeringen*, Anvers, Maklu, 2000, p. 318.

238. B. WINDEY, «De verzekeringnemer in de nieuwe insolventiewetgeving», in X., *Actualia verzekeringen*, Anvers, Maklu, 2000, p. 318.

239. M. DE GRAEVE, B. WINDEY, «Gerechtigd akkoord en faillissement. Verzekeringsaspecten», in *Gerechtigd Akkoord en Faillissement*, Antwerpen, Kluwer, 2000, hoofdstuk IX, n°55; B. CLOOTS, M.-C., VANDERHAEGEN, «Afskoop van levensverzekeringen na faillissement», note sous Comm. Turnhout, 5 novembre 2002, *R.D.C.*, 2004, p. 599.

240. Voy. Comm. Turnhout, 5 novembre 2002, *R.D.C.*, 2004, pp. 597-598 et D. VERCURYSSE, «De bestaande overeenkomsten en het faillissement anno 2012: enige specifieke toepassingen», in X. *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen II*, Intersentia, Anvers, 2010, p. 185. B. CLOOTS, M.-C., VANDERHAEGEN, «Afskoop van levensverzekeringen na faillissement», note sous Comm. Turnhout, 5 novembre 2002, *R.D.C.*, 2004, pp. 598-600.

241. Voy. Comm. Turnhout, 5 novembre 2002, *R.D.C.*, 2004, pp. 597-598.

242. B. DUBUISSON, «Opérations sur la réserve mathématique. Droits du bénéficiaire, des héritiers et des créanciers (articles 114 à 126)», in X., *La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre*, Louvain-la-Neuve, Academia, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 304.

243. X., *Questions de droit des assurances. Actes du colloque organisé par la Conférence libre du jeune barreau de Liège le 5 mai 1995*, Vol.I, Editions du jeune barreau de Liège, 1996, p. 282.

244. A. CLOQUET, *Les nouvelles. Droit commercial. Tome IV: les concordats et la faillite*, Bruxelles, Larcier, 1985, p. 398.

245. A. CLOQUET, *Les nouvelles. Droit commercial. Tome IV: les concordats et la faillite*, Bruxelles, Larcier, 1985, p. 398; X., *Questions de droit des assurances. Actes du colloque organisé par la Conférence libre du jeune barreau de Liège le 5 mai 1995*, Vol.I, Editions du jeune barreau de Liège, 1996, p. 285.

246. X., *Questions de droit des assurances. Actes du colloque organisé par la Conférence libre du jeune barreau de Liège le 5 mai 1995*, Vol.I, Editions du jeune barreau de Liège, 1996, p. 285.

247. P. COLLE, P. VANLERSBERGHE, «Verzekeringen en faillissement», *Bull. Ass.*, 1997, n°41, p. 31.

248. P. COLLE, P. VANLERSBERGHE, «Verzekeringen en faillissement», *Bull. Ass.*, 1997, n°41, p. 31.

249. Conformément à l'article 107 de la loi, en l'absence de désignation de bénéficiaire, les prestations d'assurance sont dues au preneur lors de la réalisation du risque couvert.

aux concours. Ni les créanciers, ni le curateur ne disposent de droits sur la réserve alors même que cette dernière fait partie du patrimoine du failli. Or, la réserve mathématique n'est pas visée par l'article 16 de la loi du 8 août 1997, comme une exception au dessaisissement. On s'étonne du sort privilégié de la réserve mathématique en cas de faillite du débiteur. Les mêmes règles ne s'appliquent, en effet, pas par analogie aux comptes épargnes²⁵⁰.

J.-M. Binon indique qu'«En règle générale, le curateur cherchera à obtenir du preneur qu'il sollicite le rachat du contrat afin de pouvoir clôturer la procédure de liquidation»²⁵¹. Le preneur n'aura toutefois aucun intérêt à répondre favorablement à la demande du curateur, la valeur de rachat tombant alors dans la masse. Le risque est de voir certains se faufiler dans la brèche... Ainsi, B. Cloots et M.-C. Vanderhaegen déclaraient: «De moraal van het verhaal zou kunnen zijn dat een gefailleerde zijn recht van afkoop best slechts uitoefent nadat de rechtbank van koophandel hem verschoonbaar heeft verklaard»²⁵².

Une situation de blocage n'est pas à exclure. On imagine aisément le différend qui met aux prises, d'une part, un preneur failli qui refuse d'exercer son droit au rachat et, d'autre part, un curateur qui s'oppose à toute clôture de la faillite dans l'attente du rachat de la police.

66. Caractère patrimonial du droit lui-même. Seul l'exercice du droit est personnel; le droit lui-même est de nature patrimoniale²⁵³. Comme le souligne B. Dubuisson, «le droit du preneur sur la réserve est incontestablement un droit patrimonial. On s'accorde cependant à reconnaître aux modalités par lesquelles il s'exprime un caractère strictement personnel»²⁵⁴.

Cette position défendue par la doctrine suscite un regain d'intérêt pour le curateur. En effet, lorsque le failli décide, par exemple, de racheter le contrat, la valeur de rachat tombe dans la masse²⁵⁵. B. Dubuisson préconise «pour éviter des difficultés pratiques, que celui-ci (le curateur) s'informe auprès du failli de l'existence éventuelle de contrats d'assurance vie, et dans l'affir-

mative, qu'il avertisse l'assureur de l'ouverture de la faillite»²⁵⁶.

3) Pouvoirs du curateur

67. Rappel. L'exercice des droits de rachat, réduction, avance, cession ou mise en gage relève uniquement du ressort du preneur d'assurance. Le curateur ne pourra ni les exercer, ni même les imposer au failli²⁵⁷ à moins que ce dernier n'y consente²⁵⁸. Il en va de même des droits d'attribution et de révocation. Néanmoins, il faut garder à l'esprit que «les avantages pécuniaires provenant de l'exercice de ces droits doivent profiter à la masse»²⁵⁹. Les articles 17 à 20 pourront également trouver à s'appliquer. L'exercice des droits sera alors sanctionné d'inopposabilité (voy. *infra* n°68).

68. Inopposabilités. Conformément au principe de droit commun de la faillite, de nombreux actes tels que le paiement des primes antérieures à la faillite pourront être déclarés inopposables sur la base des articles 17 à 20 de la loi du 8 août 1997.

Le système distingue les inopposabilités de droit et les inopposabilités facultatives selon que le curateur devra prouver ou non le préjudice porté à la masse des créanciers²⁶⁰.

Les cas d'inopposabilités de droit sont repris à l'article 17 de la loi sur les faillites. La première catégorie recouvre les libéralités ainsi que les actes lésionnaires, la seconde vise les paiements et modes de paiement anormaux tandis que la troisième recouvre les sûretés réelles conventionnelles relatives à des dettes contractées antérieurement²⁶¹. Ces actes qualifiés d'«actes insolites»²⁶² doivent avoir été posés pendant la période suspecte, à savoir durant la période qui s'écoule entre la date de cessation de paiement et celle de la faillite. Les cas d'inopposabilités facultatives sont mentionnés aux articles 18 à 21 de la loi sur les faillites. Pour rappel, ces inopposabilités seront laissées à l'appréciation discrétionnaire du juge du fond qui devra avoir

250. Le souci de prévoyance est présent à la fois au sein des comptes épargnes et des assurances vie.

251. J.-M. BINON, *Droit des assurances de personnes*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 166, n°233.

252. B. CLOOTS, M.-C., VANDERHAEGEN, «Afskoop van levensverzekeringen na faillissement», note sous Comm. Turnhout, 5 novembre 2002, *R.D.C.*, 2004, p. 600. Traduction libre: «La morale de l'histoire pourrait être qu'un failli ferait mieux d'exercer son droit au rachat après que le tribunal de commerce l'ait déclaré excusable». Notons que l'excusabilité ne vise que les commerçants «personnes physiques».

253. P. COLLE, P. VANLERSBERGHE, «Verzekeringen en faillissement», *Bull. Ass.*, 1997, n°44, p. 33.

254. B. DUBUISSON, «Opérations sur la réserve mathématique. Droits du bénéficiaire, des héritiers et des créanciers (articles 114 à 126)», in X., *La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre*, Louvain-la-Neuve, Academia, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 299.

255. B. DUBUISSON, «Opérations sur la réserve mathématique. Droits du bénéficiaire, des héritiers et des créanciers (articles 114 à 126)», in X., *La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre*, Louvain-la-Neuve, Academia, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 304; P. COLLE, P. VANLERSBERGHE, «Verzekeringen en faillissement», *Bull. Ass.*, 1997, n°44, p. 33. Voy. également B. WINDEY, «De verzekeringnemer in de nieuwe insolventiewetgeving», in X., *Actualia verzekeringen*, Anvers, Maklu, 2000, p. 318.

256. B. DUBUISSON, «Opérations sur la réserve mathématique. Droits du bénéficiaire, des héritiers et des créanciers (articles 114 à 126)», in X., *La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre*, Louvain-la-Neuve, Academia, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 306.

257. A. CLOQUET, *Les nouvelles. Droit commercial. Tome IV: les concordats et la faillite*, Bruxelles, Larcier, 1985, pp. 398-399; P. COLLE, P. VANLERSBERGHE, «Verzekeringen en faillissement», *Bull. Ass.*, 1997, n°43, p. 32.

258. J. ERNAULT, *Droit de l'assurance vie*, Bruxelles, Bruylant, 1987, p. 276; B. DUBUISSON, «Opérations sur la réserve mathématique. Droits du bénéficiaire, des héritiers et des créanciers (articles 114 à 126)», in X., *La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre*, Louvain-la-Neuve, Academia, Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 304-305.

259. J. ERNAULT, *Droit de l'assurance vie*, Bruxelles, Bruylant, 1987, p. 276.

260. Voy. F. T'KINT, W. DERIJCKE, *La faillite*, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 258-275.

261. Voy. F. T'KINT, W. DERIJCKE, *La faillite*, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 258-275.

262. I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 443.

égard à l'intérêt de la masse et à l'équité²⁶³⁻²⁶⁴.

La loi du 25 juin 1992 offre également une autre possibilité d'action par le biais de son article 126:

«Les créanciers du preneur d'assurance ne peuvent réclamer au bénéficiaire à titre gratuit le remboursement des primes que dans la mesure où les versements effectués de ce chef étaient manifestement exagérés eu égard à la situation de fortune du preneur d'assurance et seulement dans le cas où ces versements ont eu lieu en fraude de leurs droits au sens de l'article 1167 du Code civil.

Ce remboursement ne peut excéder le montant des prestations d'assurance dues au bénéficiaire.»

69. Applications. On distingue généralement la période précédant la période suspecte, la période suspecte et la période postérieure au jugement déclaratif de faillite²⁶⁵.

Avant la période suspecte, seuls les actes posés en fraude des droits des créanciers pourront être déclarés inopposables en vertu de l'article 20 de la loi du 8 août 1997. On pense au contrat souscrit par un preneur d'assurance en situation financière délicate dont l'assureur a connaissance. Le contrat pourra être déclaré inopposable pour autant que le curateur établisse que ce contrat porte préjudice à la masse des créanciers (paiements de primes disproportionnées par rapport aux revenus du preneur, revenus qui n'échappent pas à la faillite)²⁶⁶.

L'article 126 de la loi du 25 juin 1992 dont le champ et les conditions d'application sont plus limités pourra également être invoqué par le curateur au nom de la masse des créanciers. Cet article, comme le rappelle C. Devoet, s'inspire de l'action paulienne, s'y substitue mais garde ses contours propres²⁶⁷. Un droit de revendication est en effet offert aux créanciers à l'égard du bénéficiaire à titre gratuit²⁶⁸. «L'action aboutit à ce que le tiers doive ramener dans le patrimoine du preneur d'assurance, leur débiteur, tout ou partie de l'avantage qu'il a reçu»²⁶⁹.

L'exercice de certains actes *durant la période suspecte* pourra encore être contesté par le curateur. Ainsi, la désignation d'un bénéficiaire à titre gratuit (pour autant qu'aucun bénéficiaire n'ait jamais été désigné au

paravant ou que le contrat ait été souscrit initialement au profit personnel du failli), la mise en gage ou la cession à titre de garantie de droits liés à la réserve mathématique, la souscription contestable d'un contrat d'assurance pourront se voir frappées d'inopposabilité²⁷⁰.

Par contre, les prestations d'assurance qui «deviennent exigibles pendant la période suspecte, (...) reviennent au preneur mais pourront figurer dans l'inventaire des biens dressés par le curateur». Sont en réalité visées les prestations assurées au profit du failli-bénéficiaire à l'exclusion de tout tiers déterminé. *Après le jugement déclaratif de faillite*, d'une part, le preneur pourra souscrire un nouveau contrat d'assurance mais uniquement au moyen d'avoirs non soumis au dessaisissement. Il pourra également exercer son droit de rachat sur le contrat antérieurement souscrit. Cette dernière prérogative sera toutefois fortement tempérée par le fait que la valeur de rachat tombera alors dans la masse (voy. *supra* n°66)²⁷¹. Il ne faut enfin pas perdre de vue que l'exercice des autres droits personnels au failli ne pourra préjudicier les créanciers²⁷². Par exemple, la modification de la clause bénéficiaire d'un contrat souscrit initialement au profit du failli voire, dans certaines circonstances particulières, la prorogation du contrat ne peuvent venir entamer le gage des créanciers²⁷³.

D'autre part, une exigibilité rapprochée des prestations assurées pourrait encourager le curateur, désireux de voir augmenter l'actif de la faillite, à attendre cette date exigibilité et percevoir les prestations assurées avant de clôturer la faillite (voy. *infra* n°70 et s.). C'est le sort de ces prestations qui fait l'objet des développements repris ci-après.

La question du sort des primes versées postérieurement à la faillite ne devrait en pratique pas se poser. En assurance sur la vie, le paiement est, pour rappel, facultatif. Vu ses difficultés financières, le failli optera généralement pour d'autres dépenses. A tout le moins, on imagine mal un failli poursuivre les paiements en prenant le risque que la valeur de rachat tombe dans la masse ou encore que le curateur s'empare des prestations qui arriveraient à échéance.

263. I. VEROUSTRATE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 451.

264. Les hypothèses régies par la loi du 8 août 1997 sont les suivantes:

- L'article 18 concerne l'ensemble des actes onéreux de la vie commerciale (non visés par l'article 17) passés par le débiteur en connaissance de l'état de faillite;
- L'article 19 traite des inscriptions prises postérieurement à l'époque de la cessation de paiement;
- L'article 20 fait écho à l'article 1167 du Code civil et aux principes de l'action paulienne. Il fait référence aux «actes ou paiements faits en fraude des créanciers (...) quelle que soit la date à laquelle ils ont eu lieu» (F. T'KINT, W. DERIJCKE, *La faillite*, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 278 et s.; I. VEROUSTRATE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, pp. 455-456). Cet article est applicable peu importe que l'acte ait été effectué pendant la période suspecte ou non.
- L'article 21 s'attaque à l'inopposabilité de la lettre de change payée durant la période suspecte.

265. J.-M. BINON, *Droit des assurances de personnes*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 186-187.

266. Exemple cité dans le cadre de la période suspecte par J.-M. BINON, *Droit des assurances de personnes*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 186-187 mais qui peut être également attaqué avant la période suspecte sur le pied de l'article 20.

267. C. DEVOET, *Les assurances de personnes*, Limal, Anthemis, 2011, p. 515.

268. J.-M. BINON, *Droit des assurances de personnes*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 186.

269. C. DEVOET, *Les assurances de personnes*, Limal, Anthemis, 2011, p. 515.

270. Exemples cités par J.-M. BINON, *Droit des assurances de personnes*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 186. Voy. aussi J. ERNAULT, *Droit de l'assurance vie*, Bruxelles, Bruylant, 1987, pp. 274-275. A. CLOQUET (*Les nouvelles. Droit commercial. Tome IV: les concordats et la faillite*, Bruxelles, Larcier, 1985, p. 398) cite la cession préjudiciable à la masse de la police d'assurances, par exemple, lorsque le débiteur était lui-même le bénéficiaire de la police.

271. J.-M. BINON, *Droit des assurances de personnes*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 187.

272. J. ERNAULT, *Droit de l'assurance vie*, Bruxelles, Bruylant, 1987, p. 277.

273. J. ERNAULT, *Droit de l'assurance vie*, Bruxelles, Bruylant, 1987, p. 277.

70. Droits sur les prestations d'assurance arrivées à échéance. En marge des cas de figure relevés ci-avant, se pose la question des droits du curateur sur les prestations arrivant à échéance. Quid lorsque le failli arrive à l'âge prévu au contrat? L'article 125 de la loi du 25 juin 1992 dispose que «Les créanciers du preneur d'assurance n'ont aucun droit sur les prestations d'assurance dues au bénéficiaire». Nous distinguerons plusieurs cas de figure.

71. Hypothèse 1: Le bénéficiaire est le preneur failli. Si le bénéficiaire est le preneur failli, les prestations feront partie de la masse et seront affectées au désintéressement des créanciers. L'assureur paiera le capital échu entre les mains du curateur²⁷⁴. «Alle betalingen moeten immers op straffe van nietigheid, te rekenen vanaf het faillissementsvonnis, aan de curator gebeuren»²⁷⁵.

Quid après la clôture de la faillite? J.-M. Binon déclare que «ces prestations reviendront au preneur mais les créanciers insatisfaits pourront toujours exercer une saisie à titre individuel»²⁷⁶. La dissolution de la société faillie ou la probable excusabilité du failli personne physique font toutefois obstacle à une saisie des créanciers.

72. Hypothèse 2: Le bénéficiaire est indéterminé. Le curateur pourra prétendre à ce que le capital de l'assurance tombe dans la masse faillie lorsque le tiers bénéficiaire est indéterminé. L'article 107 de la loi sur le contrat d'assurance terrestre dispose que «Lorsque l'assurance ne comporte pas de désignation de bénéficiaire ou de désignation de bénéficiaire qui puisse produire effet, ou lorsque la désignation du bénéficiaire a été révoquée, les prestations d'assurance sont dues au preneur d'assurance ou à la succession de celui-ci». On se retrouve donc dans l'hypothèse 1.

73. Hypothèse 3: Le bénéficiaire est un tiers désigné ou un tiers déterminable. Le capital assuré est sorti, en présence d'un tiers bénéficiaire désigné, du patrimoine du failli pour entrer dans le patrimoine de ce dernier. Le curateur et la masse n'ont aucun droit à faire valoir.

En va-t-il toutefois de même lorsque le bénéfice de l'assurance revient aux «héritiers légaux» ou à la «succession» du failli?

P. Coppens considère que si l'assurance a été souscrite par le failli au profit «de ses héritiers», ces derniers doivent «céder le pas à la masse»²⁷⁷. A. Cloquet précise la portée de ce principe en indiquant que l'as-

surance ne profite à la masse que «si les «héritiers» ont été désignés en cette qualité»²⁷⁸. Si par le terme «héritiers», le failli entendait viser «non pas ses successeurs comme tels mais des personnes visées indépendamment de leur qualité d'héritiers», ces derniers pourront bénéficier de l'indemnité²⁷⁹.

La loi du 13 janvier 2012²⁸⁰ a inséré un article 110/1 dans la loi du 25 juin 1992 qui dispose: «Lorsque les héritiers légaux sont désignés comme bénéficiaires sans indication de leurs noms, les prestations d'assurance sont dues, jusqu'à preuve du contraire ou sauf clause contraire, à la succession du preneur d'assurance».

Quoi qu'il en soit de la désignation «héritiers légaux» ou «succession du preneur», il nous semble que le curateur pourrait prétendre au bénéfice de l'assurance.

74. Une hypothèse particulière: le bénéficiaire du contrat d'assurance vie est déclaré en faillite. L'angle d'approche est ici radicalement différent puisque ce n'est plus le preneur, mais le tiers bénéficiaire qui est déclaré en faillite. Le capital assuré revient, à son échéance, à la masse faillie. Le curateur du bénéficiaire pourra faire valoir ses droits sur le capital échu²⁸¹.

B. Assurance dirigeant d'entreprise

75. Définition et objectif. A l'origine, l'assurance dirigeant d'entreprise «est une assurance vie dont le preneur et le bénéficiaire sont l'entreprise, et la tête assurée un tiers»²⁸². L'objectif recherché par les sociétés est généralement le financement d'une pension. Le contrat d'assurance est lié à un engagement distinct de pension au bénéfice du dirigeant.

76. Faillite de la société. L'assurance dirigeant d'entreprise présentait plusieurs particularités en matière de faillite.

Premièrement, lorsque la société était déclarée en faillite et que le risque se réalisait, le capital revenait à la masse des créanciers. Le bénéficiaire était en effet la société elle-même et non le dirigeant. Ce dernier se voyait dans l'obligation de déposer une déclaration de créance à la faillite de son entreprise vu l'engagement de pension pris à son égard et non honoré par l'entreprise.

Ensuite, on admettait généralement, en pratique, que le curateur puisse exercer le droit de rachat de la ré-

274. J. ERNAULT, «Les assurances et le droit de la faillite», *Bull. Ass.*, 1985, p. 618.

275. P. COLLE, P. VANLERSBERGHE, «Verzekeringen en faillissement», *Bull. Ass.*, 1997, n°39, p. 30.

276. J.-M. BINON, *Droit des assurances de personnes*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 187.

277. P. COPPENS, *Cours de droit commercial, 5^e vol., Les faillites et les concordats*, Louvain-la-Neuve, Cabay, 1985, p. 737.

278. A. CLOQUET, *Les nouvelles. Droit commercial. Tome IV: les concordats et la faillite*, Bruxelles, Larcier, 1985, p. 475.

279. A. CLOQUET, *Les nouvelles. Droit commercial. Tome IV: les concordats et la faillite*, Bruxelles, Larcier, 1985, p. 475.

280. Loi du 13 janvier 2012 insérant un article 110/1 dans la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre, pour ce qui concerne la désignation du bénéficiaire d'un contrat d'assurance-vie, *M.B.*, 24 février 2012.

281. J. ERNAULT, «Les assurances et le droit de la faillite», *Bull. Ass.*, 1985, p. 626.

282. R. VAN GOMPEL, «L'assurance dirigeant d'entreprise», in X., *Les assurances de l'entreprise. Actes du colloque tenu à l'Université libre de Bruxelles les 2 et 3 décembre 1993*, vol.II, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 426.

serve mathématique²⁸³⁻²⁸⁴. Les justifications avancées à l'appui de cette dérogation étaient multiples: le rachat n'est pas «une prérogative personnelle de l'être moral qu'est la société commerciale preneur d'assurance»²⁸⁵; l'assureur entend uniquement financer une promesse de pension sans qu'aucune considération liée à la personne du bénéficiaire n'intervienne²⁸⁶... Une autre position consistait à reconnaître que les considérations pratiques l'emportaient sur les principes applicables²⁸⁷⁻²⁸⁸.

Le système n'était toutefois pas sans poser problème au regard des principes de non-discrimination. Le droit au rachat faisait en effet l'objet d'un régime à géométrie variable. D'aucuns dénonçaient l'application d'un traitement différencié non justifié à l'égard, d'une part, des faillis qui exercent en personnes physiques (droit au rachat exclusivement réservé au preneur) et, d'autre part, des sociétés en faillite (droit au rachat ouvert au curateur dans les assurances dirigeant d'entreprise)²⁸⁹.

B. Dubuisson avançait également que reconnaître ce droit de rachat au curateur au motif que «le bénéficiaire de ce genre de contrat est généralement le preneur lui-même, c'est-à-dire l'entreprise, se servant de l'assurance pour financer une promesse de pension faite par un contrat distinct à un de ses dirigeants» aboutirait à cautionner l'exercice du droit au rachat par le curateur dans tout contrat d'assurance vie souscrit au profit personnel du preneur en l'absence d'attribution bénéficiaire, ce qui est contraire à la volonté du législateur²⁹⁰.

Le curateur pouvait toujours inviter les organes de

gestion à exercer (sans toutefois pouvoir leur imposer) le droit au rachat²⁹¹. Une autre alternative consistait également pour le curateur à ne pas clôturer la faillite dans l'attente de l'exercice du droit au rachat par le preneur²⁹² ou encore de la survenance de l'événement donnant droit aux prestations.

77. Engagement individuel de pension. La loi du 28 avril 2003²⁹³ a introduit, à partir du 1^{er} janvier 2004, la notion d'«engagement individuel de pension» (E.I.P.)²⁹⁴. Il fut à cette occasion permis de transformer les assurances dirigeant d'entreprise en engagement individuel de pension²⁹⁵. Cette possibilité de transformation offrit un avantage non négligeable pour le dirigeant en cas de faillite de la société preneur d'assurance. Comme le souligne P. Doyen, le bénéficiaire de la promesse de pension, à savoir le dirigeant, restait auparavant sans protection en cas de faillite²⁹⁶. Le mécanisme de transformation mis en place permet, dorénavant, au dirigeant d'entreprise de devenir le bénéficiaire du contrat d'assurance «empêchant par là toute action du curateur de la faillite». Le dirigeant obtient «un droit direct à l'égard de l'assureur»²⁹⁷. Le curateur n'aura aucun droit à faire valoir. Un risque subsiste toutefois pour le dirigeant: celui de la faillite de l'organisme de pension²⁹⁸.

Le recours à une assurance dirigeant d'entreprise souscrite par l'entreprise dans sa formule antérieure²⁹⁹ est, au fil du temps, «tombé en désuétude» vu la possibilité de conclusion d'engagements individuels³⁰⁰. Par ailleurs, une obligation d'externalisation³⁰¹ fut imposée de manière progressive par le législateur³⁰²⁻³⁰³. Elle

283. M. STANDAERT, Obs. sous Liège, 1^{er} février 1989, *Bull. Ass.*, 1990, p. 153; P. COLLE, P. VANLERSBERGHE, «Verzekeringen en faillissement», *Bull. Ass.*, 1997, n°47, p. 34; C. DEVOET, Les assurances de personnes, Limal, Anthemis, 2011, p. 518; D. VERCRUYSSSE, «De bestaande overeenkomsten in het faillissement anno 2012: enige specifieke toepassing», in X., *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen II*, Intersentia, Anvers, 2010, p. 185. Voy. contra B. DUBUISSON, «Opérations sur la réserve mathématique. Droits du bénéficiaire, des héritiers et des créanciers (articles 114 à 126)», in X., *La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre*, Louvain-la-Neuve, Academia, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 306.
284. L'article 114, alinéa 1 de la loi de 1992 confère pourtant à l'exercice du droit de rachat un caractère exclusif et personnel au preneur.
285. Opinion rapportée mais contestée par C. DEVOET, *Les assurances de personnes*, Limal, Anthemis, 2011, p. 518.
286. Opinion rapportée mais contestée par B. DUBUISSON, «Opérations sur la réserve mathématique. Droits du bénéficiaire, des héritiers et des créanciers (articles 114 à 126)», in X., *La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre*, Louvain-la-Neuve, Academia, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 306.
287. C. DEVOET, *Les assurances de personnes*, Limal, Anthemis, 2011, p. 518.
288. «La mise en réduction du contrat empêcherait sans utilité pour l'entreprise la clôture de la faillite, tant que l'échéance du contrat réduit n'est pas survenue. En effet, la valeur de réduction, comme la valeur de rachat, devrait en tout état de cause revenir à la masse faillie, puisque l'entreprise en est bénéficiaire. Cette raison d'ordre pratique justifie sans doute la tendance des compagnies d'assurance à liquider la valeur de rachat entre les mains du curateur, sans même avoir obtenu préalablement le consentement du preneur» (B. DUBUISSON, «Opérations sur la réserve mathématique. Droits du bénéficiaire, des héritiers et des créanciers (articles 114 à 126)», in X., *La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre*, Louvain-la-Neuve, Academia, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 307).
289. P. COLLE, P. VANLERSBERGHE, «Verzekeringen en faillissement», *Bull. Ass.*, 1997, n°47, p. 34.
290. B. DUBUISSON, «Opérations sur la réserve mathématique. Droits du bénéficiaire, des héritiers et des créanciers (articles 114 à 126)», in X., *La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre*, Louvain-la-Neuve, Academia, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 307 cité par P. COLLE, P. VANLERSBERGHE, «Verzekeringen en faillissement», *Bull. Ass.*, 1997, n°47, p. 35.
291. P. COLLE, P. VANLERSBERGHE, «Verzekeringen en faillissement», *Bull. Ass.*, 1997, n°47, p. 35.
292. P. COLLE, P. VANLERSBERGHE, «Verzekeringen en faillissement», *Bull. Ass.*, 1997, n°47, p. 35.
293. Loi du 28 avril 2003, *M.B.*, 15 mai 2003. Loi fréquemment appelée «loi Vandenbroucke».
294. P. DOYEN, «D'assurance dirigeant d'entreprise en engagement individuel de pension... avant 2007 et pour indépendants uniquement», *Forum de l'assurance*, 2006, p. 17.
295. P. DOYEN, «D'assurance dirigeant d'entreprise en engagement individuel de pension... avant 2007 et pour indépendants uniquement», *Forum de l'assurance*, 2006, p. 17.
296. Le bénéficiaire du contrat d'assurance restait en effet la société elle-même.
297. P. DOYEN, «D'assurance dirigeant d'entreprise en engagement individuel de pension... avant 2007 et pour indépendants uniquement», *Forum de l'assurance*, 2006, p. 17.
298. P. DOYEN, «Les pensions complémentaires mises à contribution. Les dernières mesures fiscales et parafiscales», *Bull. Ass.*, 2012, p. 336.
299. Pour rappel, à l'origine, le dirigeant n'était pas directement désigné comme bénéficiaire comme c'est dorénavant le cas en matière d'engagement individuel de pension.
300. P. DOYEN, «Les pensions complémentaires mises à contribution. Les dernières mesures fiscales et parafiscales», *Bull. Ass.*, 2012, p. 335.
301. Voy. sur cette obligation d'externalisation, F. DELOGNE, X. GILLOT, «Régime fiscal et parafiscal de la pension complémentaire. Quelles nouveautés?», in X., *Assurances vie, décès et revenu garanti. Aspects juridiques et fiscaux*, Limal, Anthemis, 2013, pp. 68-74.
302. P. DOYEN, «Les pensions complémentaires mises à contribution. Les dernières mesures fiscales et parafiscales», *Bull. Ass.*, 2012, p. 336.
303. Voy. la loi programme du 22 juin 2012, *M.B.*, 28 juin 2012. Aucune assurance dirigeant d'entreprise ne peut plus être souscrite tandis que la date butoir du 1^{er} juillet 2015 a été fixée pour la transformation de ces dernières en engagement individuel de pension (J.-C. ANDRE-DUMONT, «Assurances de risque décès, accident et incapacité de travail. Synthèse du régime fiscal», in X., *Assurances vie, décès et revenu garanti. Aspects juridiques et fiscaux*, Limal, Anthemis, 2013, p. 32.

a mis fin aux possibilités de financement interne des engagements de pensions³⁰⁴. Les entreprises ont dorénavant recours à des engagements individuels de pension dans le cadre desquels le bénéficiaire du contrat est stipulé directement en faveur du dirigeant d'entreprise.

C. Assurance groupe

78. Plan. Après avoir défini le contrat d'assurance groupe³⁰⁵, forme collective de l'assurance vie, nous reviendrons sur les principes qui le gouvernent. À côté des règles qui ont vocation à régir les assurances en général et plus particulièrement l'assurance-vie, ont émergé de nombreuses dispositions spécifiques au domaine de l'assurance groupe. Nous verrons que, lors de la faillite du preneur, le contrat d'assurance groupe suit le même sort que celui réservé au contrat d'assurance vie: le curateur ne peut y mettre fin. Ensuite, nous nous poserons la question suivante: qui du travailleur ou de l'employeur dispose alors du droit sur les réserves? Un bref historique permettra tant que faire se peut de mieux cerner les enjeux et d'appréhender les principes en vigueur ainsi que les difficultés pratiques du régime.

79. Définition et contours³⁰⁶. L'assurance groupe est définie «comme une assurance collective souscrite par une personne physique ou morale au profit de travailleurs en vue de procurer à ces derniers ou à leurs ayants droit un complément de prestations par rapport à celles fournies par la sécurité sociale»³⁰⁷. Elle est fondée sur une structure triangulaire (organisateur, affilié et assureur) et est financée soit par l'organisateur (allocation patronale), soit par l'affilié (contribution personnelle), soit par ces deux derniers. L'organisateur est le preneur d'assurance et le travailleur l'assuré³⁰⁸. Les prestations assurées se déclinent d'ordinaire en deux volets: un capital ou une rente à l'âge de la retraite ou, en cas de décès antérieur à l'arrivée de cet âge, une rente de survie à un bénéficiaire désigné³⁰⁹.

80. Faillite du preneur (employeur, organisateur): maintien du contrat d'assurance. Le contrat d'assurance groupe ne présente pas de caractère *intuitu personae* dans le chef de l'employeur-preneur d'assurance. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle aucun parallèle ne peut être opéré avec les exceptions à l'article 46 de la loi du 8 août 1997. Il ne peut être question d'une dissolution de plein droit du contrat. Il importe donc d'en revenir aux particularités des assurances de personnes.

Lors de la faillite du preneur, le caractère personnel des droits qui découlent d'une assurance groupe engendre une interdiction, dans le chef du curateur, de décider de la poursuite ou de la dissolution du contrat³¹⁰. La poursuite du contrat reste toutefois théorique dans la mesure où l'employeur, preneur d'assurance, est soumis au principe du dessaisissement et ne dispose plus de fonds pour payer les primes arrivant à échéance³¹¹. Le curateur pourra cependant décider de poursuivre le paiement des primes, sur la base de l'article 1236 du Code civil, aussi longtemps que le preneur n'exerce pas son droit de rachat ou de réduction³¹². Il pourra également décider de souscrire un nouveau contrat d'assurance groupe³¹³⁻³¹⁴. Ces principes interpellent: tandis que la décision de maintien du contrat ne relève pas de sa compétence, c'est au curateur qu'il appartiendra de décider ou non de la poursuite du paiement des primes³¹⁵.

81. Droits sur les réserves. En 1996, bien avant les réformes législatives encadrant la matière, J.-M. Binon et M.-A. Crijns affirmaient, quant aux droits du créancier et du curateur en assurance-groupe que, d'une part, les créanciers et le curateur ne pouvaient exercer les droits du preneur d'assurance mais que, d'autre part, si le preneur (l'employeur) «choisit le rachat, la valeur de rachat entrera dans la masse faillie»³¹⁶. Dans cette hypothèse, le travailleur se voyait contraint d'introduire une déclaration de créance à la faillite de son employeur.

Dans leur contribution datant de l'an 2000, M. De Graeve et B. Windey alléguaient quant à eux que le

304. Voy. pour une analyse approfondie: P. DOYEN, «Les pensions complémentaires mises à contribution. Les dernières mesures fiscales et parafiscales», *Bull. Ass.*, 2012, pp. 328-339.

305. Voy. sur l'assurance groupe: J.-M. BINON ET M.-A. CRIJNS, *L'assurance groupe en Belgique*, Louvain-la-Neuve, Academia-Bruylant, 1996.

306. Voy. également Loi du 28 avril 2003 relative aux pensions complémentaires et au régime fiscal de celles-ci et de certains avantages complémentaires en matière de sécurité sociale, *M.B.*, 15 mai 2003; A.R. du 14 novembre 2003 portant exécution de la loi du 28 avril 2003 relative aux pensions complémentaires et au régime fiscal de celles-ci et de certains avantages complémentaires en matière de sécurité sociale, *M.B.*, 14 novembre 2003.

307. J.-M. BINON, *Droit des assurances de personnes*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 187.

308. M. DE GRAEVE, B. WINDEY, «Gerechtigd akkoord en faillissement. Verzekeringsaspecten», in *Gerechtigd Akkoord en Faillissement*, Antwerpen, Kluwer, 2000, hoofdstuk IX, n°56.

309. Voy. C. DEVOET, «L'assurance groupe», in X., *Traité pratique de l'assurance*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. II.1.17-09.

310. J.-M. BINON ET M.-A. CRIJNS, *L'assurance groupe en Belgique*, Louvain-la-Neuve, Academia-Bruylant, 1996, p. 67; P. COLLE, «Groepsverzekering: niet-betaling van de premies, beëindiging van de arbeidsovereenkomst en faillissement», in X., *Liber Amicorum René Van Gompel*, Kluwer, Diegem, 1998, p. 71; M. DE GRAEVE, B. WINDEY, «Gerechtigd akkoord en faillissement. Verzekeringsaspecten», in *Gerechtigd Akkoord en Faillissement*, Antwerpen, Kluwer, 2000, hoofdstuk IX, n°57.

311. P. COLLE, «Groepsverzekering: niet-betaling van de premies, beëindiging van de arbeidsovereenkomst en faillissement», in X., *Liber Amicorum René Van Gompel*, Kluwer, Diegem, 1998, pp. 71-72; D. VERCRUYSE, «De bestaande overeenkomsten en het faillissement anno 2012: enige specifieke toepassingen», in X. *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen II*, Intersentia, Anvers, 2010, p. 186.

312. P. COLLE, «Groepsverzekering: niet-betaling van de premies, beëindiging van de arbeidsovereenkomst en faillissement», in X., *Liber Amicorum René Van Gompel*, Kluwer, Diegem, 1998, p. 72.

313. P. COLLE, «Groepsverzekering: niet-betaling van de premies, beëindiging van de arbeidsovereenkomst en faillissement», in X., *Liber Amicorum René Van Gompel*, Kluwer, Diegem, 1998, p. 73.

314. Les primes à verser en vertu du nouveau contrat constitueront des dettes de la masse.

315. M. DE GRAEVE, B. WINDEY, «Gerechtigd akkoord en faillissement. Verzekeringsaspecten», in *Gerechtigd Akkoord en Faillissement*, Antwerpen, Kluwer, 2000, hoofdstuk IX, n°57.

316. J.-M. BINON ET M.-A. CRIJNS, *L'assurance groupe en Belgique*, Louvain-la-Neuve, Academia-Bruylant, 1996, p. 67.

travailleur reste propriétaire du capital constitué par sa propre contribution ainsi que la contribution patronale³¹⁷. Partant, le capital échappera à l'emprise du curateur et ne tombera pas dans la masse³¹⁸.

Nous reviendrons ci-après sur l'évolution qu'a connue depuis lors le régime de l'assurance groupe. Actuellement, le curateur ne dispose incontestablement d'aucun droit sur les réserves tandis que les travailleurs sont davantage protégés en cas de faillite du preneur d'assurance.

82. Historique: une cacophonie? Initialement, l'on se référerait, en matière d'assurance vie collective, non seulement à la loi du 25 juin 1992 mais également à la loi du 6 avril 1995 relative aux régimes de pensions complémentaires³¹⁹. L'article 12 de la loi du 6 avril 1995 offrait trois possibilités au niveau des réserves acquises lorsque le contrat de travail prenait fin autrement que par le décès ou la mise à la retraite³²⁰.

Cette loi fut toutefois abrogée par la loi du 28 avril 2003 relative aux pensions complémentaires et au régime fiscal de celles-ci et de certains avantages complémentaires en matière de sécurité sociale³²¹. Comme nous l'avons mentionné (*supra* n°77), une obligation d'externalisation est imposée par la loi. «L'exécution des pensions complémentaires doit être confiée à un organisme de pension, à savoir une entreprise d'assurances ou une IRP³²² et ne peut être confié qu'à un tel organisme»³²³.

En cas de faillite de l'employeur, la prestation de pension complémentaire se trouve désormais non plus dans le patrimoine dont est dessaisi l'employeur mais au sein de l'organisme de pension, ce qui protège davantage les travailleurs³²⁴.

Une distinction est opérée dans la loi de 2003 entre les engagements de pensions ordinaires et les engagements sociaux. Tandis que les premiers couvrent «les engagements consistant à constituer, au profit du travailleur d'un secteur d'activité économique donné, d'une entreprise ou d'une personne morale de droit public donnée, une pension complémentaire au sens

de l'article 3, §1, 1° de la LPC³²⁵»³²⁶, les seconds visent uniquement les régimes de pension «qui répondent à une série de critères cumulatifs énoncé par la LPC»³²⁷. Dans cette dernière loi, le chapitre II traite de l'abrogation d'un engagement de pension. Il faut toutefois consulter deux arrêtés royaux du 14 novembre 2003 pour rencontrer la notion de faillite.

Premièrement, l'arrêté royal du 14 novembre 2003 fixant les prestations de solidarité liées aux régimes de pension complémentaires sociaux³²⁸ en son article 1^{er} dispose que

«les prestations de solidarité suivantes sont prises en considération pour que l'engagement de pension puisse bénéficier du statut particulier visé aux articles 10 et 11 de la loi du 28 avril 2003 relative aux pensions complémentaires et au régime fiscal de celles-ci et de certains avantages complémentaires en matière de sécurité sociale:

1° financement de la constitution de la pension complémentaire de retraite et/ou de survie pendant:
(...)

f) **faillite de l'employeur jusqu'à 6 mois suivant la déclaration de faillite**».

L'objet de cet arrêté se limite aux avantages fiscaux et sociaux des plans de pensions³²⁹.

Deuxièmement, l'article 51, §2, alinéa 2 de l'arrêté royal du 14 novembre 2003, à savoir celui relatif à l'activité d'assurance sur la vie dispose que:

«En cas d'abrogation définitive du régime de pension, en cas de liquidation de l'employeur, **de faillite de l'employeur** et de procédures analogues ou en cas de licenciements tels que visés dans la loi du 28 juin 1966 relative à l'indemnisation des travailleurs licenciés en cas de fermeture d'entreprises et dans l'arrêté royal du 29 août 1985 définissant les entreprises en difficulté ou connaissant des circonstances économiques exceptionnellement défavorables visées à l'article 39bis de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, **les avoirs du fonds de finance-**

317. M. DE GRAEVE, B. WINDEY, «Gerechtigd akkoord en faillissement. Verzekeringsaspecten», in *Gerechtigd Akkoord en Faillissement*, Antwerpen, Kluwer, 2000, hoofdstuk IX, n°57; D. VERCRUYSE, «De bestaande overeenkomsten en het faillissement anno 2012: enige specifieke toepassingen», in X. *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen II*, Intersentia, Anvers, 2010, p. 186.

318. M. DE GRAEVE, B. WINDEY, «Gerechtigd akkoord en faillissement. Verzekeringsaspecten», in *Gerechtigd Akkoord en Faillissement*, Antwerpen, Kluwer, 2000, hoofdstuk IX, n°57; D. VERCRUYSE, «De bestaande overeenkomsten en het faillissement anno 2012: enige specifieke toepassingen», in X. *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen II*, Intersentia, Anvers, 2010, p. 186.

319. Loi du 6 avril 1995 relative aux régimes de pensions complémentaires, *M.B.*, 29 avril 1995.

320. Voy. sur ces trois possibilités: M. DE GRAEVE, B. WINDEY, «Gerechtigd akkoord en faillissement. Verzekeringsaspecten», in *Gerechtigd Akkoord en Faillissement*, Antwerpen, Kluwer, 2000, hoofdstuk IX, n°59.

321. Loi du 28 avril 2003 relative aux pensions complémentaires et au régime fiscal de celles-ci et de certains avantages complémentaires en matière de sécurité sociale, *M.B.*, 15 mai 2003.

322. Institution de retraite professionnelle.

323. F. DELOGNE, X. GILLOT, «Régime fiscal et parafiscal de la pension complémentaire. Quelles nouveautés?», in X., *Assurances vie, décès et revenu garanti. Aspects juridiques et fiscaux*, Limal, Anthemis, 2013, p. 68.

324. F. DELOGNE, X. GILLOT, «Régime fiscal et parafiscal de la pension complémentaire. Quelles nouveautés?», in X., *Assurances vie, décès et revenu garanti. Aspects juridiques et fiscaux*, Limal, Anthemis, 2013, p. 69.

325. La loi du 28 avril 2003 relatives aux pensions complémentaires.

326. J.-M. BINON, *Droit des assurances de personnes*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 251.

327. J.-M. BINON, *Droit des assurances de personnes*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 252.

328. Arrêté royal du 14 novembre 2003 fixant les prestations de solidarité liées aux régimes de pension complémentaires sociaux, *M.B.*, 14 novembre 2003.

329. Différents plans de pension sectoriels ou collectifs d'entreprise bénéficient d'avantages fiscaux et avantages complémentaires (Voy. C. DEVOET, «L'assurance groupe», in X., *Traité pratique de l'assurance*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. II.1.17-04; X., *Assurances vie, décès et revenu garanti. Aspects juridiques et fiscaux*, Limal, Anthemis, 2013).

La faillite de l'employeur est expressément visée par l'article 1, 1°, f de l'arrêté royal du 14 novembre 2003 dans le volet solidarité (I. VAN HIEL, «Pensions sectorielles après la L.P.C.: un récit à succès?», *Ors.*, 2007, liv. 6, p. 12).

ment³³⁰ sont versés dans un fonds social de l'employeur géré conformément à l'article 15, h), de la loi du 20 septembre 1948 portant organisation de l'économie, à moins que d'autres modalités d'attribution ne soient convenues par convention collective de travail».

L'arrêté royal du 25 janvier 2007³³¹ a néanmoins abrogé cet article. Le rapport au Roi nous indique les raisons de cette abrogation: «L'article 51, §2, est supprimé étant donné que la destination des réserves libres qui y étaient auparavant visées, est désormais réglée par l'arrêté d'exécution de la LPC»³³².

Etrangement, l'arrêté royal du 14 novembre 2003 portant exécution de la loi du 28 avril 2003³³³ ne dit mot de la situation de faillite de l'organisateur³³⁴ (à savoir généralement l'employeur).

Il importe donc de revenir à cette loi du 28 avril 2003 et plus particulièrement aux droits de l'affilié en cas de faillite du preneur d'assurance. Un problème subsiste: ce dernier cas n'est toujours pas visé clairement par la loi. Pour rappel, le chapitre II traite de l'abrogation d'un engagement de pension sans aborder, à proprement parler, la faillite de l'organisateur (à savoir l'employeur ou la personne morale visée par l'article 3, §1^{er}, 5° de la LPC). Partant, il y aura lieu de rattacher la faillite à l'une des situations régies par la loi.

83. Régime actuel: droits de l'affilié à sa sortie³³⁵. A son départ, l'affilié (le travailleur) «peut (ainsi) exercer sur ses contrats «allocation patronale» et «contribution personnelle» tous les droits que la loi du 25 juin 1992 réserve à un preneur. Le règlement de pension prévoit parfois même que l'affilié peut continuer à titre individuel le paiement des primes de l'assurance, dans la mesure qu'il détermine»³³⁶.

La sortie de l'affilié est définie à l'article 3, §1^{er}, 11° de la loi du 28 avril 2003³³⁷. Elle vise les deux situations suivantes:

- a) *«lorsque l'organisateur est une personne morale visée au 5°, a): l'expiration du contrat de travail, autrement que par décès ou la mise à la retraite, pour autant que le travailleur n'a pas conclu un nouveau contrat de travail avec un employeur qui tombe sous le champ d'application du même régime de pension que celui de son ancien employeur;*
- b) *[lorsque l'organisateur est un employeur:*
 - **soit l'expiration du contrat de travail autrement**

que par le décès ou la mise à la retraite,

- *soit le transfert du travailleur dans le cadre d'un transfert d'entreprise, d'établissement ou de partie d'entreprise ou d'établissement à une autre entreprise ou à un autre établissement résultant d'une cession conventionnelle ou d'une fusion lorsque le régime de pension du travailleur n'est pas transféré».*

La faillite de l'organisateur semble répondre aux conditions reprises à cet article. Pour rappel, l'article 46, alinéa 2 de la loi sur les faillites permet au curateur de résilier les contrats de travail tout en dégageant du respect des formalités et procédures particulières applicables à la résiliation de ces contrats. Le contrat arrive donc à expiration «autrement que par décès ou mise à la retraite» au sens de l'article 3, §1^{er}, 11°.

Par conséquent, l'article 32, §1, de cette même loi trouvera à s'appliquer. Ce dernier porte que:

«Lors de sa sortie, l'affilié a le choix entre les possibilités suivantes:

- 1° *transférer les réserves acquises, majorées le cas échéant jusqu'aux montants garantis en application de l'article 24, à l'organisme de pension:*
 - a) *soit du nouvel employeur avec lequel il a conclu un contrat de travail, s'il est affilié à l'engagement de pension de cet employeur;*
 - b) *soit de la nouvelle personne morale visée à l'article 3, §1^{er}, 5°, a), à laquelle ressortit l'employeur avec lequel il a conclu un contrat de travail, s'il est affilié à l'engagement de pension de cette personne morale;*
 - 2° *transférer les réserves acquises majorées le cas échéant jusqu'aux montants garantis en application de l'article 24, à un organisme de pension qui répartit la totalité des bénéficiaires entre les affiliés proportionnellement à leurs réserves et limite les frais selon des règles déterminées par le Roi;*
 - 3° *laisser les réserves acquises, majorées le cas échéant jusqu'aux montants garantis en application de l'article 24, auprès de l'organisme de pension et suivant son choix:*
 - a) *sans modification de l'engagement de pension;*
 - b) *dans une structure d'accueil, visée au §2, lorsque le règlement de pension ou la convention de pension le prévoit.*
- Si l'affilié opte pour la possibilité visée sous 1°, le nouvel organisateur et l'organisme de pension du nouvel organisateur doivent accepter les réserves*

330. Le fonds de financement est défini à l'article 51 de l'arrêté royal du 14 novembre 2003 relatif à l'activité d'assurance sur la vie (M.B., 14 novembre 2003). Selon le §1^{er}: «Le fonds de financement comprend les réserves qui ne sont pas relatives aux contrats individuels».

331. A.R. du 25 janvier 2007 modifiant l'arrêté royal du 14 novembre 2003 relatif à l'activité d'assurance sur la vie, M.B., 8 février 2007.

332. Rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 25 janvier 2007.

333. A.R. du 14 novembre 2003 portant exécution de la loi du 28 avril 2003 relative aux pensions complémentaires et au régime fiscal de celles-ci et de certains avantages complémentaires en matière de sécurité sociale, M.B., 14 novembre 2003.

334. En cas de pension complémentaire conclue au niveau de l'entreprise, l'organisateur est l'employeur. Pour les pensions proposées au niveau d'un secteur, l'organisateur est une personne morale composée paritairement, désignée via une convention collective de travail par les organisations représentatives d'une commission ou d'une sous-commission paritaire (article 3, §1^{er}, 5° Loi du 28 avril 2003).

335. Voy. loi du 28 avril 2003 relative aux pensions complémentaires et au régime fiscal de celles-ci et de certains avantages complémentaires en matière de sécurité sociale, M.B., 15 mai 2003 et l'arrêté royal du 14 novembre 2003 relatif à l'activité d'assurance sur la vie, M.B., 14 novembre 2003.

336. C. DEVOET, «L'assurance groupe», in X., *Traité pratique de l'assurance*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. II.1.17-38.

337. Loi du 28 avril 2003 relative aux pensions complémentaires et au régime fiscal de celles-ci et de certains avantages complémentaires en matière de sécurité sociale, M.B., 15 mai 2003.

«cédées et cela, sans calculer de frais pour le transfert».

La faillite du preneur d'assurance ouvre ainsi aux affiliés des droits spécifiques sur les réserves acquises. Des difficultés d'application se font toutefois ressentir en cas de faillite de l'organisateur-employeur et d'abrogation du plan de pension (Voy. *infra* n°84). Le transfert des réserves n'est pas aussi simple que l'article 32 le laisse paraître.

84. Difficultés pratiques: faillite de l'organisateur-employeur. La Commission des pensions complémentaires a plaidé, dans son avis du 22 juin 2006, en faveur d'une intervention législative afin de régir explicitement le sort des réserves acquises.

La Commission, dans son avis, met le doigt sur les problèmes suivants:

«La LPC règle en premier lieu la relation entre l'organisateur et le travailleur dans le cadre des pensions complémentaires. Dans un plan d'entreprise, l'organisateur est l'employeur. Celui-ci peut donc «disparaître» suite à une faillite, à une cessation d'activités, à une reprise de l'entreprise ou à une scission de celle-ci en plusieurs entités.

Quelques conséquences concrètes:

- le règlement de pension est un contrat entre l'organisateur et l'affilié. D'un point de vue strictement juridique, cet accord n'existe plus s'il n'y a plus d'organisateur;
- l'organisateur garantit les réserves acquises, les prestations acquises et la garantie minimale prévue par l'article 24 de la LPC. S'il n'y a plus d'organisateur, l'affilié ne bénéficie plus de ces garanties;
- conversion du capital en rente: même principe qu'au point précédent.

En pratique, le problème ne se pose pas dans les plans de pension sectoriels, où les organisateurs sont des personnes morales composées paritairement (voir article 3, §1^{er}, 5°, de la LPC), qui ne disparaissent normalement pas. L'organisateur est responsable du respect de toutes les obligations imposées par la LPC. Dès lors, si un organisateur vient à disparaître, cela n'influence pas les droits de pension de ses travailleurs affiliés au plan de secteur. Des accords au niveau sectoriel doivent déterminer ce qu'il advient des droits de pension, ainsi que la manière d'assurer éventuellement leur financement ultérieur, de sorte que la LPC soit respectée. Aucune disposition légale n'est nécessaire à cet égard»³³⁸.

La Commission suggère donc d'inclure dans la législation les points suivants:

- «au moment de la «disparition», les options prévues à l'article 32 sont (à nouveau) communiquées

aux affiliés qui ont opté pour l'option exposée à l'article 32, §1^{er}, 3°, a), de la LPC ou qui n'ont pas encore exprimé de choix;

- s'il ne peut être établi qu'il existe des moyens financiers suffisants pour continuer à garantir les droits de pension des affiliés qui choisiraient de rester dans le plan (article 32, §1^{er}, 3°, a)), cette option peut ne plus être offerte et d'autres options standard sont proposées (par exemple la structure d'accueil ou l'organisme de pension tel que mentionné à l'article 32, §1^{er}, 2°).
- **si l'organisateur disparaît suite à une faillite ou une liquidation (et qu'il n'est pas repris), le curateur ou le liquidateur doit remplacer l'organisateur et effectuer les démarches nécessaires pour mettre un terme aux engagements de pension»**³³⁹⁻³⁴⁰.

D. Assurance de reconstitution du capital et assurance solde restant dû

85. Distinction. L'assurance de reconstitution du capital est une assurance vie adjointe au crédit «par lequel le preneur/emprunteur s'engage à effectuer, pendant la durée du crédit, des versements qui, quoique conventionnellement affectés au remboursement du capital, n'entraînent pas la libération immédiate correspondante envers le prêteur et ne réduisent le capital qu'aux époques et conditions prévues par le contrat ou par la loi»³⁴¹.

L'assurance solde restant dû est, quant à elle, «une assurance temporaire en cas de décès à capital décroissant (et) vise à prémunir l'organisme prêteur contre le risque de décès prématuré de l'emprunteur»³⁴². Il s'agit d'un contrat annexé au crédit.

86. Assurance solde restant dû et faillite du preneur de crédit. La faillite du preneur de crédit aboutira généralement à la vente forcée de l'immeuble pour l'achat ou la construction duquel le crédit a été souscrit. Le prêteur se remboursera ensuite sur le prix de réalisation de l'immeuble. Vu que le crédit est remboursé, l'assurance solde restant dû ne devra donc plus être maintenue³⁴³.

87. Reconstitution du capital et faillite. La surveillance d'une faillite dans le cadre de la reconstitution d'un crédit via notamment la conclusion d'un contrat d'assurance-vie adjoint fait l'objet, à l'inverse de l'assurance solde restant dû, de plusieurs dispositions législatives.

L'article 26, §3 de la loi du 4 août 1992 relative au

338. Avis du 22 juin 2006 de la Commission des pensions complémentaires mis en ligne sur le site <http://www.fsma.be>.

339. Nous surlignons.

340. Avis du 22 juin 2006 de la Commission des pensions complémentaires mis en ligne sur le site <http://www.fsma.be>.

341. J.-M. BINON, *Droit des assurances de personnes*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 71-72.

342. J.-M. BINON, *Droit des assurances de personnes*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 72.

343. P. COLLE, P. VANLERSBERGHE, «Verzekeringen en faillissement», *Bull. Ass.*, 1997, n°48ter, p. 36.

crédit hypothécaire³⁴⁴ permet au prêteur de se prémunir contre la faillite du preneur /emprunteur³⁴⁵.

Cet article permet au prêteur de stipuler à son bénéfice le rachat du contrat adjoint. Cette possibilité est toutefois limitée à l'hypothèse où le produit de la vente du bien immobilier donné en garantie ne lui permet pas d'obtenir le remboursement de son crédit³⁴⁶. Dans cette hypothèse, contrairement à la solution qui prévaut lors d'une faillite, le droit au rachat ne sera donc pas exclusivement réservé au preneur. La faillite du prêteur fait également l'objet de plusieurs dispositions.

L'article 5, alinéas 5 et 6 de la loi du 4 août 1992 dispose que «*Si la reconstitution s'opère auprès du prêteur, en cas de dissolution légale ou judiciaire ou de faillite de ce dernier, le capital reconstitué est affecté par compensation à la réduction de la créance du prêteur sans qu'une indemnité ne soit due. Si la reconstitution ne s'opère pas auprès du prêteur, au moment où le crédit devient exigible ou remboursable, le tiers reconstituant devient envers le prêteur le seul débiteur du capital reconstitué. Dans ce cas, le prêteur exerce les droits de l'emprunteur envers ce tiers reconstituant*»³⁴⁷.

L'article 17 de la loi réglemente par ailleurs le sort des sommes mises en gage au profit du prêteur. Le paragraphe 2 de cet article prévoit qu'«en cas de dissolution légale ou judiciaire ou de faillite du prêteur, les sommes mises en gage et leurs intérêts sont affectés par compensation à la réduction de la créance du prêteur sans qu'une indemnité soit due».

Chapitre 3. Le privilège de l'assureur

88. Introduction. L'assureur confronté à la faillite de son assuré veillera à déposer rapidement une déclaration de créance s'il entend pouvoir exercer ses droits dans le cadre de la répartition des actifs de la faillite³⁴⁸. Cette répartition est gouvernée par le principe de l'égalité des créanciers. Egalité qui connaît aujourd'hui de nombreuses exceptions, à un tel point que certains déclarent que le principe est devenu aujourd'hui l'exception. Parmi ces exceptions, on retrouve le privilège de l'assureur sur la chose assurée. Dans un premier temps, c'est le privilège inscrit à l'article 60 de la loi du 25 juin qui retiendra notre attention (Section 1). Ensuite, nous aborderons le privilège de l'assureur au regard de l'article 23 de la loi du 11 juin 1874 formant

le nouveau titre X du Livre 1^{er} du Code de commerce consacré aux assurances en général (Section 2).

Section 1. L'article 60 de la loi du 25 juin 1992

89. Champ d'application. Le privilège s'applique aux assurances de choses qui ressortissent au champ d'application de la loi du 25 juin 1992. L'article 60 a, en réalité, pris le pas sur l'article 23 de la loi du 11 juin 1874 qui ne trouve plus à s'appliquer que de manière occasionnelle (Voir Section 2).

90. Une idée de plus-value. L'article 60 de la loi du 25 juin 1992 est venu rappeler et confirmer l'application des principes contenus à l'article 23 de la loi du 11 juin 1874 aux assurances terrestres. «Le privilège de l'assureur repose sur une idée de plus-value – ou plus précisément de conservation – du patrimoine du débiteur»³⁴⁹. L'idée sous-jacente est la suivante: «la couverture d'assurance profite à l'ensemble des créanciers et (que) la prime relève des frais de conservation de la chose»³⁵⁰.

91. Base légale. L'article 60 de la loi porte que:

«L'assureur a un privilège sur la chose assurée pour la prime relative à la période pendant laquelle il a couvert effectivement le risque. Le privilège n'existe, quelles que soient les modalités de paiement de la prime, que pour une somme correspondant à deux primes annuelles.

Ce privilège est dispensé de toute inscription. Il prend rang immédiatement après celui des frais de justice». A l'instar de M. Grégoire, on note que «cette disposition reprend presque littéralement les termes de l'article 23 de l'ancienne loi du 11 juin 1874 sur les assurances en général»³⁵¹.

92. Créance garantie. L'assureur dispose d'un privilège qui garantit le paiement de deux annuités de primes.

L'article 60 de la loi du 25 juin 1992 précise que les créances de primes garanties sont relatives à la période pendant laquelle l'assureur a couvert effectivement le risque.

M. Grégoire défend la position selon laquelle une compagnie d'assurances ne «peut davantage tenter d'exercer son privilège pour des primes encaissées en son nom et pour son compte, par un intermédiaire

344. M.B., 19 août 1992.

345. En l'absence de stipulation expresse dans l'acte constitutif ou dans le contrat adjoint, il ne pourra y avoir de compensation automatique entre le capital prêté et le capital reconstitué (Voy. C. BIQUET-MATHIEU, «L'époque de la compensation entre le capital prêté et le capital reconstitué en cas de dénonciation d'un crédit avec reconstitution du capital, note sous Liège, 29 mars 1995, *Rev. not. belge*, 1995, pp. 443-450 et P. JOISTEN, J. CATTARUZZA, «Le crédit hypothécaire soumis à la loi du 4 août 1992», in X., *Guide de droit immobilier*, IIbis.1.-1 - IIbis.1.10.-4, Kluwer, Waterloo, 2005, p. 45). Les auteurs soulignent que la solution était toutefois différente sous l'empire de l'ancienne réglementation.

346. Voy. sur cet article: A. VAN INGELGHEM, «Art. 20-27 Wet Hypothecair Krediet» in X., *Financieel recht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, II. Kredieten, C., Art. 20-1 - Art. 27-2, Malines, Kluwer, 1994, (56 p.).

347. Loi du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire, M.B., 19 août 1992.

348. M. DE GRAEVE, B. WINDEY, «Gerechtigd akkoord en faillissement. Verzekeringsaspecten», in *Gerechtigd Akkoord en Faillissement*, Antwerpen, Kluwer, 2000, hoofdstuk IX, n°43.

349. F. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 195 qui cite l'arrêt de la cour d'appel de Liège du 22 novembre 1971, *J.L.*, 1971-1972, p. 91.

350. M. FONTAINE, *Droit des assurances*, Bruxelles, Larcier, 2010, n°662, p. 425.

351. M. GREGOIRE, *Publicité foncière, sûretés réelles et privilèges*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 377, n°877.

mandaté par elle, mais non encore reversées par lui»³⁵². Le tribunal de commerce de Gand, dans son arrêt du 23 octobre 1997, décida que l'assureur ne pouvait se prévaloir de son privilège à l'égard de son intermédiaire failli qui n'aurait pas reversé les primes d'assurance. La compagnie d'assurance «ne peut sérieusement prétendre qu'elle est titulaire d'une créance du chef de primes dues»³⁵³; les primes dues par l'assuré ont été payées à l'intermédiaire agissant en son nom et pour son compte.

93. Assiette du privilège. Le privilège de l'assureur grève le bien assuré. Il peut s'agir soit d'un bien (meuble ou immeuble³⁵⁴; corporel ou incorporel³⁵⁵) soit d'un ensemble de biens³⁵⁶. «Ook kan de toepassing worden gemaakt van de leer der zakelijke subrogatie»³⁵⁷.

94. Un privilège occulte. Le privilège de l'assureur est souvent qualifié d'occulte dans la mesure où il est dispensé de toute inscription³⁵⁸. M. Fontaine revient sur les raisons de cette dispense: «Une mesure de publicité serait souvent d'un coût disproportionné par rapport au montant des primes en cause; les autres créanciers ne risquent pas d'être surpris de voir apparaître un assureur de choses»³⁵⁹. Cette absence de publicité justifie entre autres qu'aucune obligation de vérification et d'investigation concernant l'absence de paiement de primes ne repose sur le notaire dans le cadre de la rédaction d'un plan de répartition³⁶⁰.

95. Rang. Conformément à l'article 60, alinéa 2 qui reprend la solution consacrée par l'article 23 de la loi du 1874, le privilège de l'assureur prend rang immédiatement après celui des frais de justice. Ce dernier, en vertu de l'article 21 de la loi hypothécaire, bénéficie d'une primauté quasi absolue³⁶¹.

96. Quid en cas de sinistre? Le privilège ne peut s'exercer sur l'indemnisation d'assurance du bien sinistré³⁶². «La disparition ou la détérioration de la

chose assurée fait naître l'obligation de l'assureur dont l'objet est de remplacer le bien assuré par une indemnité. Par hypothèse, le privilège de l'assureur ne peut s'exercer qu'en dehors de tout sinistre, tant que la chose est assurée dans le patrimoine de l'assuré. Le privilège n'est donc pas fondé sur l'effet conservatoire de l'intervention de l'assureur, mais sur la vocation conservatoire de son obligation contractuelle.

Le privilège de l'assureur ne peut s'exercer que tant que subsiste son assiette qui est le bien assuré dans le patrimoine du souscripteur»³⁶³.

Section 2. L'article 23 de la loi du 11 juin 1874

97. Texte légal, champ d'application. Aux termes de l'article 23 de la loi du 11 juin 1874³⁶⁴ formant le nouveau titre X du Livre 1^{er} du Code de commerce consacré aux assurances en général,

«L'assureur a un privilège sur la chose assurée. Ce privilège est dispensé de toute inscription. Il prend rang immédiatement après celui des frais de justice.

Il n'existe, quel que soit le mode de paiement de la prime, que pour une somme correspondant à deux annuités».

Rappelons que l'article 23 n'est plus guère usité en pratique. Il trouve néanmoins encore à s'appliquer lorsque le contrat ne tombe pas sous l'empire de la loi du 25 juin 1992.

Les règles dégagées pour l'article 60 de la loi de 1992 furent clairement empruntées à l'article 23 de la loi du 11 juin 1874. Le régime de l'article 23 est donc pratiquement similaire. Partant, nous renvoyons le lecteur aux principes explicités *supra* n°89-96. Nous reviendrons toutefois brièvement sur la créance garantie.

98. Bénéficiaire, assiette, mesure de publicité, rang. (Renvoi *supra* n° 89-96).

99. Créance garantie. L'article 23 diffère quelque peu de l'article 60 de la loi du 25 juin 1992 dans la mesure où il ne précise pas que les créances de primes garan-

352. M. GREGOIRE, *Publicité foncière, sûretés réelles et privilèges*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 377, n°878 et la décision citée Comm. Gand, 23 octobre 1997, *R.D.C.B.*, 1998, p. 414.

353. Comm. Gand, 23 octobre 1997, *R.D.C.*, 1998, p. 414, obs. C. VAN SCHOUWBROECK.

354. E. DIRIX utilise l'expression de «bijzonder voorrecht» vu qu'il concerne à la fois des biens meubles et immeubles (E. DIRIX, «Art. 60 Wet Landverzekeringsovereenkomst», in X., *Verzekeringen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Malines, Kluwer, 2002, pp. 1-6).

355. Le privilège peut grever des créances. Ainsi, le privilège de l'assureur-crédit grève des créances dont il garantit le recouvrement (biens incorporels). Voy. E. DIRIX, «Art. 60 Wet Landverzekeringsovereenkomst», in X., *Verzekeringen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Malines, Kluwer, 2002, pp. 1-6; Comm. Gand, 27 février 1973, *J.C.B.*, 1973, p. 223 cité par F. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 195; Liège, 10 octobre 1996, *J.T.*, 1997 p. 341.

356. F. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 196; M. GREGOIRE, *Publicité foncière, sûretés réelles et privilèges*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 377, n°879.

357. E. DIRIX, «Art. 60 Wet Landverzekeringsovereenkomst», in X., *Verzekeringen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Malines, Kluwer, 2002, pp. 1-6.

358. A. CLOQUET, *Les nouvelles. Droit commercial. Tome IV: les concordats et la faillite*, Bruxelles, Larcier, 1985, p. 549; F. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 196; M. FONTAINE, *Droit des assurances*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 400, n°664, p. 426.

359. M. FONTAINE, *Droit des assurances*, Bruxelles, Larcier, 2010, n°664, p. 426.

360. E. DIRIX, «Art. 60 Wet Landverzekeringsovereenkomst», in X., *Verzekeringen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Malines, Kluwer, 2002, pp. 1-6.

361. La primauté du privilège des frais de justice est en effet tempérée par sa double relativité. Ce privilège n'est opposable qu'aux créanciers dans l'intérêt desquels les frais ont été exposés tandis que son assiette est limitée aux biens que les frais ont permis de conserver ou de réaliser (voy. F. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 191-192).

362. E. DIRIX, «Art. 60 Wet Landverzekeringsovereenkomst», in X., *Verzekeringen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Malines, Kluwer, 2002, pp. 1-6.

363. J. CAEYMAEX, «Le privilège de l'assureur et la notion de conservation», *J.L.M.B.*, 1989, p. 748.

364. Loi du 11 juin 1874 contenant les titres X et XI, livre Ier, du code de commerce. Des assurances en général - De quelques assurances terrestres en particulier, *M.B.*, 14 juin 1874.

ties sont relatives à la période pendant laquelle l'assureur a couvert effectivement le risque. Doit-on dès lors considérer que le privilège tombe lorsque le risque n'est plus couvert malgré l'absence de précision dans l'article 23? La cour d'appel de Liège fut saisie de la question. Elle trancha le litige en faveur d'une disparition du privilège en cas de disparition de la couver-

ture d'assurance³⁶⁵. Selon la cour, les primes échues après la suspension de la garantie ne sont pas privilégiées. A l'instar de M. Fontaine, il paraît en effet raisonnable de ne pas leur réserver de sort plus favorable étant donné que leur non-paiement entraîne la suspension de la garantie³⁶⁶.

365. Liège, 25 juin 1986, J.L., 1986, p. 559 et Comm. Verviers, 12 février 1993, p. 985, obs. G. DE LEVAL cités par F. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 195.

366. M. FONTAINE, *Droit des assurances*, Bruxelles, Larcier, 2010, n°662, p. 425.

Le contrat d'assurance terrestre analysé à l'aune des procédures de faillite et de réorganisation judiciaire (Partie II)

Florence GEORGE

Avocate au barreau de Huy

Assistante au Centre de droit privé de l'UCL

Vincent CALLEWAERT

Avocat au barreau de Bruxelles

Maître de conférences invité à l'UCL

Samenvatting

De toepassing van de wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen wekt nogal wat vragen op inzake verzekeringen. Vooral wat er moet (of kan) gebeuren met een verzekeringsovereenkomst wanneer diegene die de overeenkomst gesloten heeft het voorwerp uitmaakt van een gerechtelijke reorganisatie in de zin van de wet van 31 januari betreffende de continuïteit van de ondernemingen, is niet altijd even duidelijk.

Vandaag bevat de wet van 31 januari 2009 geen enkele voor de verzekeringsovereenkomsten specifieke bepaling en, in tegenstelling tot de hypothese waarin de verzekerde failliet gaat (art. 32), zegt de wet van 25 juni 1992 op de verzekeringsovereenkomst niet wat er moet gebeuren met de overeenkomsten in geval van gerechtelijke reorganisatie.

Om deze vraag te kunnen beantwoorden, dringt zich dus een analyse op van de principes als uiteengezet door de wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen. Op basis daarvan kan men trachten tot oplossingen te komen die toepasbaar zijn inzake verzekering.

Deze studie biedt eerst een overzicht van de belangrijkste kenmerken van de voormelde wet (geen geval van samenloop; gevolgen van de neerlegging van het verzoek en de toekenning van opschorting) en onderzoekt vervolgens de gevolgen van opschorting op de verrichtingen en mechanismen van het verbintenissenrecht. Komen achtereenvolgens aan bod: de vrijwillige betaling, de uitzondering van de onuitvoerbaarheid, de schuldvergelijking, de ontbindingsclausules, de rechtstreekse vordering en het lot van de persoonlijke zekerheden en codebiteuren.

Hoofdstuk drie behandelt het lot dat een lopende overeenkomst meestal beschoren is zodra een procedure van gerechtelijke reorganisatie opgestart is. Na een uiteenzetting over de draagwijdte van het principe continuïteit worden de ontbindingsclausules en het ontbindingsrecht onder de loep genomen, net als de mogelijkheid om de overeenkomst niet uit te voeren, de *intuitu personae*-overeenkomsten en de overeenkomsten met opeenvolgende prestaties.

Nadat ze de wet in haar geheel voorgesteld hebben en bekeken hebben welke invloed ze heeft op de lopende overeenkomsten bestuderen de auteurs in het vierde hoofdstuk in detail de gevolgen van de wet van 31 januari 2009 voor de verzekeringsovereenkomsten. Volgende hypothesen komen achtereenvolgens aan bod: niet-betaling van de verzekeringspremies, de opzegging van de overeenkomst op de vervaldag of na schadegeval en de verzwaaring van het risico. Ten slotte hebben ze nog een paar commentaren in petto over de situatie van de verzekeraar ten aanzien van een procedure van reorganisatie via minnelijk akkoord- collectief akkoord-overdracht onder gerechtelijk gezag, alsook over de draagwijdte van de waarborg in de tijd.

Résumé

L'application de la loi relative à la continuité des entreprises soulève de nombreuses questions en matière d'assurances. La plus prégnante d'entre elles est assurément celle de savoir quel sort doit (ou peut) être réservé à un contrat d'assurance dans l'hypothèse où celui qui l'a souscrit fait l'objet d'une réorganisation judiciaire au sens de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises.

A ce jour, la loi du 31 janvier 2009 ne consacre aucune disposition spécifique aux contrats d'assurance et, contrairement à l'hypothèse de la faillite de l'assuré (art. 32), la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance n'envisage pas le sort des contrats en cas de réorganisation judiciaire.

Pour répondre à la question précitée, il convient donc d'examiner avec attention les principes qui ont été posés par la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises et de tenter d'en dégager les solutions applicables en matière d'assurances.

Après avoir relevé les principales caractéristiques de la loi précitée (absence de situation de concours; effets du dépôt de la requête et de l'octroi du sursis), la présente étude examine les effets du sursis sur les opérations et mécanismes du droit des obligations. A ce titre, sont successivement abordés: le paiement volontaire, l'exception d'inexécution, la compensation, les clauses résolutoires, l'action directe et le sort des sûretés personnelles et des codébiteurs.

Dans le cadre d'un troisième chapitre, l'attention se porte sur le sort qui est généralement réservé au contrat en cours dès l'instant où une procédure de réorganisation judiciaire est mise en œuvre. Après avoir exposé la portée du principe de la continuité, nous examinons ainsi les clauses résolutoires et le droit de résolution, la possibilité de ne pas exécuter le contrat, ainsi que les contrats *intuitu personae* et les contrats à prestations successives.

Au terme de cette présentation générale de la loi et de son impact sur les contrats en cours, les auteurs de la présente étude se livrent, dans un quatrième chapitre, à une étude détaillée des incidences de la loi du 31 janvier 2009 sur les contrats d'assurance. Sont ainsi successivement envisagées: l'hypothèse d'un défaut de paiement des primes, la résiliation du contrat à l'échéance ou après sinistre et l'aggravation du risque. Quelques commentaires sont enfin consacrés à la situation de l'assureur face à une procédure de réorganisation par accord amiable, collectif ou transfert sous autorité de justice, ainsi qu'au problème de l'étendue de la garantie dans le temps.

.....
TABLE DES MATIÈRES

Chapitre 1. La loi relative à la continuité des entreprises	5
Section 1. Présentation générale	5
Section 2. Absence de situation de concours	6
Section 3. Effets du dépôt de la requête et de l'octroi du sursis	6
Chapitre 2. Effets du sursis sur les opérations et mécanismes de droit des obligations	7
Section 1. Le paiement volontaire	7
Section 2. L'exception d'inexécution, le droit de rétention et les clauses pénales	7

Section 3. La compensation	8
Section 4. Les clauses résolutoires	10
Section 5. L'action directe	11
Section 6. Le sort des sûretés personnelles et des codébiteurs	12
Chapitre 3. Sort du contrat en cours en cas d'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire	12
Section 1. Principe de la continuité	12
Section 2. Clauses résolutoires et droit de résolution	12
Section 3. Possibilité de ne pas exécuter le contrat	13
Section 4. Les contrats <i>intuitu personae</i>	14
Section 5. Les contrats à prestations successives et les contrats conclus en cours de procédure	14
Chapitre 4. Le contrat d'assurance et la réorganisation judiciaire	15
Section 1. Articulation avec les dispositions de la loi du 25 juin 1992	15
Section 2. L'assureur et la procédure de réorganisation par accord amiable	18
Section 3. L'assureur et la procédure de réorganisation par accord collectif	18
Section 4. L'assureur et la procédure de réorganisation par transfert sous autorité de justice	19
Section 5. L'assureur et la fin anticipée de la procédure	20
Section 6. L'étendue de la garantie dans le temps	20

.....
1. Plan. Le second volet de notre contribution est consacré au régime instauré par la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises. Contrairement à la faillite qui constitue l'exemple de concours par excellence, cette loi ne crée, sauf exception, aucune situation de concours entre les créanciers. L'incidence de la procédure de réorganisation sur les droits des créanciers est à rechercher dans la loi elle-même.

Compte tenu de ce que cette loi n'est guère utilisée par les praticiens de l'assurance, il nous a paru utile, dans un premier temps, d'en relever les principales caractéristiques (Chapitre 1).

Le sursis étant considéré comme un moment charnière de la procédure de réorganisation judiciaire, nous procéderons ensuite à un examen systématique des effets qu'emporte l'octroi de ce sursis sur les opérations et sanctions prévues par le droit commun des obligations (Chapitre 2).

Enfin, et avant d'examiner les nombreuses questions que soulève l'application de la loi relative à la continuité des entreprises sur les contrats d'assurance (Chapitre 4), nous analyserons le sort qui est généralement réservé aux contrats en cours en cas de procédure de réorganisation judiciaire (Chapitre 3).

Chapitre 1. La loi relative à la continuité des entreprises

Section 1. Présentation générale

1. Un seul objectif: la continuité de l'entreprise. La loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des en-

treprises¹(ci-après dénommée LCE) est venue remplacer le régime du concordat judiciaire jugé trop lent, trop coûteux et totalement dépassé. L'objectif de la procédure est, comme le rappelle l'article 16 de la loi, de «préserver, sous le contrôle du juge, la continuité de tout ou partie de l'entreprise en difficulté ou de ses activités».

2. Trois procédures à disposition du débiteur en difficulté. Le législateur offre désormais au débiteur en difficulté la possibilité de recourir à trois procédures distinctes en vue de maintenir ses activités. La réorganisation judiciaire par accord amiable², la réorganisation judiciaire par accord collectif³ ainsi que la réorganisation judiciaire par un transfert sous autorité de justice⁴ constituent les trois instruments voués au redressement des entreprises. En marge de ceux-ci, la conclusion d'accords individuels hors procédure est également favorisée par la loi⁵.

Section 2. Absence de situation de concours

3. La naissance d'une situation de concours⁶? La question de savoir si l'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire crée ou non une situation de concours⁷ s'est immédiatement posée en doctrine. La réponse est en effet loin d'être sans incidences pratiques. L'existence d'un concours et son corollaire, le principe de l'égalité des créanciers, viennent en effet affecter les droits de ces derniers.

4. Principe. Malgré l'indigence de la loi à cet égard, la doctrine majoritaire considère que ni le dépôt de la requête, ni l'ouverture de la procédure ne créent de situation de concours⁸. Il n'existe pas de masse. Le principe de l'égalité des créanciers ne doit pas être respecté⁹. Par conséquent, «les créanciers continuent de bénéficier des prérogatives que la loi ne leur retire pas expressément»¹⁰. «Aucune restriction n'est susceptible d'être apportée aux droits individuels des créanciers, sauf si et dans la mesure où la loi le pré-

voit»¹¹. Nous reviendrons sur les restrictions imposées par la LCE dans le cadre de l'étude des effets du sursis (voy. *infra* n°8 et s.).

5. Exception. Le principe décrit ci-avant connaît toutefois une exception. Le transfert sous autorité de justice conformément aux articles 65, 66 et 68 de la LCE constitue une hypothèse de concours. Les effets du concours seront donc applicables au produit de la vente ou de la cession des actifs (report des droits des créanciers sur le prix, purge des sûretés réelles et privilèges, répartition au marc le franc des sommes non grevées,...)¹².

Section 3. Effets du dépôt de la requête et de l'octroi du sursis

6. Créance non sursitaire, créance sursitaire ordinaire et créance sursitaire extraordinaire¹³. Plusieurs précisions terminologiques s'imposent avant d'aborder les effets respectifs du dépôt de la requête et de l'octroi du sursis. Ainsi, le législateur distingue les créances sursitaires des créances non sursitaires. Les premières englobent, conformément aux articles 2, c) et 35, § 2, al.3 de la LCE, des «*créances nées avant le jugement d'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire, ou nées du dépôt de la requête ou des décisions prises dans le cadre de la procédure*» ainsi que des dommages que le cocontractant du débiteur peut réclamer lorsque ce dernier décide de ne plus exécuter le contrat en cours pendant le sursis. On entend, à l'inverse, par créance non sursitaire, les créances qui échappent au sursis.

Le législateur distingue, au sein des créances sursitaires, les créances ordinaires et extraordinaires. Les créances sursitaires extraordinaires regroupent les créances garanties par un privilège spécial ou par une hypothèque et les créances des créanciers propriétaires. La qualification de créances sursitaires ordi-

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

2. Article 43 de la LCE.

3. Articles 44 à 58 de la LCE.

4. Articles 59 à 70 de la LCE.

5. Ces accords individuels seront opposables, sous certaines conditions, en cas de faillite ultérieure (article 15 de la LCE).

6. Sur la notion de concours, voy. M. GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, Bruxelles, Bruylant, 1992. Notons que cette notion regroupe des réalités de plus en plus protéiformes.

7. F. T'KINT emprunte, pour expliquer le concours, la définition de L. Vincent: le concours est «la rencontre due à l'initiative des créanciers ou à la volonté du législateur de prétentions contradictoires des créanciers sur un ou plusieurs biens du débiteur dont celui-ci a perdu la libre disposition (F. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 51).

8. W. DAVID, J.-P. RENARD, V. RENARD, *La loi relative à la continuité des entreprises: mode d'emploi*, Waterloo, Kluwer, 2009, p. 141 et s.; I. VERougstraete, «Rechten en garanties van de schuldeisers. De lopende overeenkomsten», in X., *La loi relative à la continuité des entreprises*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, p. 144; I. VERougstraete, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 157 et s.; A. ZENNER, J.-P. LEBEAU, C. ALTER, *La loi relative à la continuité des entreprises à l'épreuve de sa première pratique*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 143; P. VAN OMMESLAGHE, «La loi sur la continuité des entreprises: opposabilité des conventions aux créanciers», in M. DAL, A. ZENNER (coord.), *Actualité de la continuité, continuité de l'actualité. Etats généraux de la continuité*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 143.

9. A. ZENNER, J.-P. LEBEAU, C. ALTER, *La loi relative à la continuité des entreprises à l'épreuve de sa première pratique*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 144; P. VAN OMMESLAGHE, «La loi sur la continuité des entreprises: opposabilité des conventions aux créanciers», in M. DAL, A. ZENNER (coord.), *Actualité de la continuité, continuité de l'actualité. Etats généraux de la continuité*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 143.

10. I. VERougstraete, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 159.

11. I. VERougstraete, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 159.

12. Voy. W. DAVID, J.-P. RENARD, V. RENARD, *La loi relative à la continuité des entreprises: mode d'emploi*, Waterloo, Kluwer, 2009, p. 229; A. ZENNER, «La procédure de réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice», in X., *La loi relative à la continuité des entreprises*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, p. 137.

13. Voy. sur la définition de ces notions: I. VERougstraete, «Rechten en garanties van de schuldeisers. De lopende overeenkomsten», in X., *La loi relative à la continuité des entreprises*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, p. 146.

naires s'applique, de manière résiduaire, aux autres créances sursitaires.

7. Un retour aux dispositions légales de la LCE. Bien que les effets du concours ne s'attachent ni au dépôt de la requête, ni à l'octroi du sursis, ces deux événements emportent des conséquences sur la situation des créanciers. La LCE attache, à chacune de ces deux étapes de la procédure en réorganisation, des effets particuliers.

Tout d'abord, le simple dépôt de la requête met l'entreprise à l'abri de toute faillite (ou de dissolution judiciaire) jusqu'à ce que le juge ait statué¹⁴. L'article 22 de la loi accorde le gel des mesures d'exécution¹⁵.

Ensuite, les effets suivants s'attachent au sursis:

- Interdiction d'intenter ou de poursuivre toute voie d'exécution des créances sursitaires sur les biens meubles ou immeubles du débiteur¹⁶. Les créanciers peuvent uniquement agir en justice pour obtenir un titre exécutoire;
- Impossibilité de déclarer en faillite le débiteur qui a la qualité de commerçant ou de dissoudre judiciairement une société¹⁷;
- Prohibition de toute saisie même conservatoire du chef des créances sursitaires¹⁸;
- Effets des sûretés réelles, en principe, «désamorcés»¹⁹.

Chapitre 2. Effets du sursis sur les opérations et mécanismes de droit des obligations

8. Délimitation. Nous analyserons ci-après les effets du sursis sur plusieurs mécanismes du droit des obligations. Il importe toutefois de souligner d'emblée que

les développements qui suivent se limitent aux créances sursitaires. Les principes de droit commun restent en effet applicables à l'égard des créances non sursitaires, le sursis n'ayant aucun effet sur ces dernières²⁰.

Section 1. Le paiement volontaire

9. Choix du débiteur. L'article 33, § 1^{er} de la loi prévoit expressément que le débiteur reste entièrement libre d'effectuer des paiements volontaires. Cette solution est tout à fait logique au vu de l'inexistence d'une situation de concours et de la nécessité de flexibilité eu égard à l'objectif de continuité²¹. Le débiteur n'est pas tenu de respecter le principe de l'égalité des créanciers, ni l'ordre des causes légitimes de préférence²². Les principes de droit commun du paiement subsistent et gouvernent même les rapports entre débiteur et créanciers sursitaires²³.

10. Incidence d'une faillite ultérieure. Les paiements exécutés par le débiteur en difficulté échapperont aux articles 17,2 et 18 de la loi sur les faillites. En cas de faillite ultérieure, ils ne pourront être déclarés inopposables à la masse des créanciers²⁴.

Section 2. L'exception d'inexécution, le droit de rétention et les clauses pénales

11. Opposabilité de l'exception d'inexécution et du droit de rétention. Le créancier conserve non seulement le droit d'invoquer *l'exceptio non adimpleti contractus*, mais aussi celui de se prévaloir du droit de rétention²⁵. A défaut de dérogation expresse, les sanctions de droit commun restent en effet applicables en cas de manquement du débiteur²⁶, peu importe la

14. Article 22 de la LCE; J. WINDEY, «La loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises», *J.T.*, 2009, pp. 237-240.

15. J. WINDEY, «La loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises», *J.T.*, 2009, p. 240.

16. Article 30 de la LCE. Voy. également J. WINDEY, «La loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises», *J.T.*, 2009, pp. 237-243; W. DAVID, J.-P. RENARD, V. RENARD, *La loi relative à la continuité des entreprises: mode d'emploi*, Waterloo, Kluwer, 2009, p. 145; M. GRÉGOIRE, «L'entreprise en voie de restructuration et ses créanciers: à la recherche de nouveaux équilibres?», in X., *L'entreprise en difficulté*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 44 et s.; M. GRÉGOIRE, «Le droit des créanciers: changement d'angle», in X., *La loi relative à la continuité des entreprises*, Les Dossiers du Journal des tribunaux n°88, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 37-38.

17. *Ibidem*.

18. Article 31 de la LCE. Voy. également J. WINDEY, «La loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises», *J.T.*, 2009, pp. 237-243; W. DAVID, J.-P. RENARD, V. RENARD, *La loi relative à la continuité des entreprises: mode d'emploi*, Waterloo, Kluwer, 2009, p. 145; M. GRÉGOIRE, «L'entreprise en voie de restructuration et ses créanciers: à la recherche de nouveaux équilibres?», in X., *L'entreprise en difficulté*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 44 et s.; M. GRÉGOIRE, «Le droit des créanciers: changement d'angle», in X., *La loi relative à la continuité des entreprises*, Les Dossiers du Journal des tribunaux n°88, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 37-38.

19. Le créancier gagiste bénéficie toutefois d'un régime de faveur. Voy. M. GRÉGOIRE, «L'entreprise en voie de restructuration et ses créanciers: à la recherche de nouveaux équilibres?», in X., *L'entreprise en difficulté*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 44 et s.; M. GRÉGOIRE, «Le droit des créanciers: changement d'angle», in X., *La loi relative à la continuité des entreprises*, Les Dossiers du Journal des tribunaux n°88, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 37-38.

20. P. VAN OMMESLAGHE, «La loi sur la continuité des entreprises: opposabilité des conventions aux créanciers», in M. DAL, A. ZENNER (coord.), *Actualité de la continuité, continuité de l'actualité. Etats généraux de la continuité*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 144; A. ZENNER, J.-P. LEBEAU, C. ALTER, *La loi relative à la continuité des entreprises à l'épreuve de sa première pratique*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 180.

21. I. VEROUGSTRAETE, «Rechten en garanties van de schuldeisers. De lopende overeenkomsten», in X., *La loi relative à la continuité des entreprises*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, p. 154.

22. W. DAVID, J.-P. RENARD, V. RENARD, *La loi relative à la continuité des entreprises: mode d'emploi*, Waterloo, Kluwer, 2009, p. 151.

23. P. VAN OMMESLAGHE, «La loi sur la continuité des entreprises: opposabilité des conventions aux créanciers», in M. DAL, A. ZENNER (coord.), *Actualité de la continuité, continuité de l'actualité. Etats généraux de la continuité*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 153.

24. Article 33, § 6 de la LCE. Voy. sur les limites à apporter à ce principe, W. DAVID, «Le paiement volontaire des créances sursitaires durant le sursis connaît-il certaines limites?», in M. DAL, A. ZENNER (coord.), *Actualité de la continuité, continuité de l'actualité. Etats généraux de la continuité*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 311-326.

25. J. WINDEY, «La loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises», *J.T.*, 2009, p. 243; P. VAN OMMESLAGHE, «La loi sur la continuité des entreprises: opposabilité des conventions aux créanciers», in M. DAL, A. ZENNER (coord.), *Actualité de la continuité, continuité de l'actualité. Etats généraux de la continuité*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 152.

26. I. VEROUGSTRAETE, «Rechten en garanties van de schuldeisers. De lopende overeenkomsten», in X., *La loi relative à la continuité des entreprises*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, p. 158.

qualité du créancier (créancier sursitaire ordinaire ou extraordinaire)²⁷.

12. Sort des clauses pénales. Les clauses pénales, en ce compris les clauses de majoration de taux d'intérêt, sont privées d'effet au cours de la période de sursis, et ce jusqu'à l'exécution intégrale du plan²⁸.

Ce principe vise, conformément à l'article 35, § 3, les créanciers repris dans le plan. *A contrario*, les clauses pénales dues en vertu de contrats auxquels il est mis fin durant le sursis en raison de manquements du débiteur postérieurs au jugement ne seront pas affectées: elles devront faire l'objet d'un paiement.

Il est toutefois loisible aux créanciers repris dans le plan d'inclure dans leur créance sursitaire des dommages réels subis suite à l'inexécution d'un engagement principal. Cette décision entraîne une renonciation définitive à l'application de la clause pénale, même après l'exécution intégrale du plan. S'il a opté pour la réclamation du dommage réel, le créancier ne pourra plus réclamer le paiement de la clause pénale à l'échéance du plan de réorganisation²⁹.

Section 3. La compensation

13. Introduction. Avant d'aborder le sort de la compensation légale et conventionnelle³⁰ dans le cadre d'une procédure de réorganisation judiciaire, il convient, vu la complexité du régime, de rappeler les principes qui prévalent en droit commun ainsi que lors de l'ouverture d'une situation de concours.

14. Les principes de droit commun. La compensation légale implique deux créances dans le commerce et saisissables, qui sont réciproques, entre deux personnes agissant en même qualité; ces créances doivent être fongibles, liquides et exigibles³¹ (Voy. les articles 1289 à 1299 du Code civil).

Les clauses de compensation permettent toutefois de déroger à ces conditions de liquidité, de fongibilité et

d'exigibilité dès lors que les dispositions précitées sont supplétives. On se trouve alors en présence d'une compensation conventionnelle.

15. Compensation légale et survenance d'une situation de concours. Appliquer le mécanisme de la compensation après la survenance d'une situation de concours conduirait à avantager un créancier au détriment des autres. Cela permettrait de voir le paiement de la dette du créancier qui se prévaut de la compensation se réaliser «par préférence», ce qui est contraire à la règle de l'égalité des créanciers. L'article 1298 du Code civil fait donc obstacle à la compensation de plein droit lorsque la réunion des conditions susmentionnées intervient après la survenance d'une situation de concours. Néanmoins, en présence d'un lien de connexité entre les dettes à compenser, la jurisprudence admet la compensation. On considère généralement que cette connexité peut être objective ou conventionnelle³².

16. Compensation conventionnelle et survenance d'une situation de concours. Le sort de la compensation conventionnelle, lorsque survient une situation de concours, présente plusieurs particularités. Il dépend de l'application ou non des articles 14 et 15 de la loi sur les sûretés financières du 15 décembre 2004³³ (ci-après dénommée LSF).

D'un côté, lorsque la LSF trouve à s'appliquer, les conventions de netting (dont la compensation conventionnelle) sont opposables aux tiers et peuvent donc sortir leurs effets y compris en cas de concours ou lors de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité si:

- la créance et la dette à compenser existent lors de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ou d'une situation de concours³⁴ quels que soient la date de leur exigibilité³⁵, leur objet ou la monnaie dans laquelle elles sont libellées et
- la conclusion de ces conventions précède le moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ou d'une situation de concours³⁶.

27. M. GRÉGOIRE, «L'entreprise en voie de restructuration et ses créanciers: à la recherche de nouveaux équilibres?», in X., *L'entreprise en difficulté*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 51.

28. Article 35, § 3 de la LCE. Voy. également J. WINDEY, «La loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises», *J.T.*, 2009, p. 243; P. VAN OMMESLAGHE, «La loi sur la continuité des entreprises: opposabilité des conventions aux créanciers», in M. DAL, A. ZENNER (coord.), *Actualité de la continuité, continuité de l'actualité. Etats généraux de la continuité*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 168; I. VEROUGSTRAETE, «Rechten en garanties van de schuldeisers. De lopende overeenkomsten», in X., *La loi relative à la continuité des entreprises*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, p. 161.

29. W. DAVID, J.P. RENARD, V. RENARD, *La loi relative à la continuité des entreprises: mode d'emploi*, Waterloo, Kluwer, 2009, p. 163.

30. Nous limitons volontairement notre propos à ces deux types de compensation.

31. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, III, Bruxelles, Bruylant, 1967, p. 629 et s.; M. FORGES, S. MENSCHAERT, «Compensation», in X., *Obligations. Traité théorique et pratique*, Bruxelles, Kluwer, 2008, p. V.2.2-6 et s.; J. WINDEY, «Les mécanismes de garantie issus de la pratique: les grands traits de leur évolution depuis 1992», in X., *Réalités et fictions du droit des garanties. Hommage à la rigueur créative d'Anne-Marie Stranart*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 519 et s.; R. HOUBEN, A.-S. VANKEMMELBEKE, D. VAN WAES, «Compensatieclausules», in X., *Contractuele clausules. Gemeenrechtelijke clausules (volume II)*, Anvers, Intersentia, 2013, p. 1149 et s.).

32. P. VAN OMMESLAGHE, «La loi sur la continuité des entreprises: opposabilité des conventions aux créanciers», in M. DAL, A. ZENNER (coord.), *Actualité de la continuité, continuité de l'actualité. Etats généraux de la continuité*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 159. Voy. Cass., 7 avril 2006, *J.T.*, 2006, p. 645, note T. HÜRNER, *J.L.M.B.*, 2006, p. 896, *N.j.W.*, 2006, p. 944, note P. COUSSEMENT, *Pas.*, 2006, p. 812, *R.D.C.*, 2006, p. 810, note E. VAN DEN HAUTE. Cet arrêt fut rendu en matière de concordat.

33. Loi relative aux sûretés financières et portant des dispositions fiscales diverses en matière de conventions constitutives de sûreté réelle et de prêt portant sur des instruments financiers du 15 décembre 2004, *M.B.*, 1^{er} février 2005.

34. Voy. article 14 de la loi du 15 décembre 2004.

35. M. GRÉGOIRE précise que «la créance et la dette à compenser (ou à nover dans un système multilatéral) doivent exister lors de la procédure d'insolvabilité, peu importe qu'elles ne soient ni exigibles, ni liquides, ni connexes» (obs. sous C. Const., 27 novembre 2008, *J.T.*, 2009, p. 46-47).

36. Ou bien «si ces conventions ont été conclues après ce moment, dans la mesure où la contrepartie peut se prévaloir au moment où la convention a été conclue d'une ignorance légitime de l'ouverture ou de la survenance antérieure d'une telle procédure ou situation» (voy. article 15 de la loi du 15 décembre 2004).

De l'autre, la compensation conventionnelle qui ne tombe pas sous le coup des articles 14 et 15 de la LSF ne pourra être invoquée, une fois le concours survenu, sauf en présence d'un lien de connexité.

Partant, il importe de déterminer si la compensation tombe sous le champ d'application de la LSF. A la suite de l'arrêt rendu par notre Cour constitutionnelle le 27 novembre 2008³⁷, la loi du 26 septembre 2011³⁸ a limité le champ d'application de la LSF. Les conventions de netting conclues entre ou avec des personnes physiques non commerçantes³⁹ ne sont désormais plus régies par cette loi.

17. Compensation légale et procédure de réorganisation. Conformément au droit commun, la compensation légale sort ses effets entre créances nées avant le concours qui répondent aux conditions fixées dans le Code civil⁴⁰.

De plus, dans la mesure où la procédure de réorganisation judiciaire ne crée pas de situation de concours, il n'existe aucun obstacle à compenser deux créances nées après l'ouverture d'une procédure⁴¹.

Deux cas de compensation sont toutefois règlementés par le législateur.

Premièrement, la compensation entre, d'une part, une créance née avant le sursis et, d'autre part, une créance née au cours du sursis est régie par l'article 34 de la LCE⁴². Cet article dispose que «*La compensation n'est permise au cours du sursis entre créances sursitaires et créances nées au cours du sursis que si ces créances sont connexes*»⁴³.

L'articulation entre l'article 34 de la LCE et le régime de droit commun a suscité quelques interrogations. Le sort à réserver à la compensation entre deux créances nées avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité mais dont les conditions de réciprocité, de fongibilité, de liquidité et d'exigibilité sont réunies postérieure-

ment au jugement octroyant le sursis reste incertain⁴⁴.

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

Il nous paraît encore utile de rappeler, qu'à titre d'exception, le transfert sous autorité de justice conformément aux articles 65, 66 et 68 de la LCE constitue une hypothèse de concours. Partant, la compensation pourra être envisagée uniquement en cas de connexité⁴⁵.

18. Compensation conventionnelle et procédure de réorganisation. Le régime de la compensation conventionnelle lors d'une procédure de réorganisation est également tributaire de l'application des articles 14 et 15 de la LSF. Le départage s'effectue selon les règles fixées à l'article 4, § 3 de la LSF. Ce dernier dispose que:

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

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

Le premier alinéa ne s'applique pas:

- 1) *lorsque le créancier qui se prévaut d'une compen-*

37. C. Const., 27 novembre 2008, n° 167/2008, D.C.C.R., 2009, liv. 82, p. 77, note B. DE GROOTE; J.T., 2009, liv. 6337, p. 44, note M. GRÉGOIRE; *Annuaire juridique du crédit*, 2008, p. 443, note T. HURNER; J.L.M.B. 2009, liv. 18, p. 816, note F. GEORGES; NJW, 2008, liv. 193, p. 925, note E. DIRIX; *Rev. not. b.*, 2009, liv. 3026, p. 54; R.D.C. 2009, liv. 5, p. 496, note R. HOUBEN.

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

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

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

41. M.E. STORME, «Schuldvergelijking en insolventie», in X., *Insolventie – en beslagrecht*, Bruges, Die Keure, 2009-2010, p. 32; E. DIRIX, «Zekerheden, eigendomsvoorbehoud en rangregeling», in X., *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen II*, Anvers, Intersentia, p. 39; N. VAN LANDUYT, «Schuldvergelijking en rechtsmisbruik in het kader van de wet continuïteit ondernemingen», R.A.B.G., 2011, p. 669; T. BELLAVIA, «La réorganisation judiciaire et le sort des contrats», *Le Pli juridique*, n° 15, avril 2011, Anthemis, p. 13; N. OUCHINSKY, «Analyse des droits d'action des créanciers pour sauvegarder leurs intérêts dans le cadre d'une procédure de réorganisation judiciaire», in X., *Actualité de la continuité, continuité de l'actualité. Etats généraux de la continuité*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 263.

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

43. Voy. pour les critiques formulées à l'encontre de ce régime, R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Anvers, Intersentia, 2010, pp. 485-486; R. HOUBEN, «Het gewijzigd juridisch kader voor financiële zekerheden (met inbegrip van netting)», R.W., 2012-2013, p. 1531.

44. M. GRÉGOIRE, «Le sort des créanciers et leurs garanties», in X., *L'entreprise en difficulté. Solutions et nouveaux outils juridiques*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2009, p. 54; N. OUCHINSKY, «Analyse des droits d'action des créanciers pour sauvegarder leurs intérêts dans le cadre d'une procédure de réorganisation judiciaire», in X., *Actualité de la continuité, continuité de l'actualité. Etats généraux de la continuité*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 262-263; M. GRÉGOIRE, *Procédures collectives d'insolvabilité*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 213.

45. M.E. STORME, «Schuldvergelijking en insolventie», in X., *Insolventie – en beslagrecht*, Bruges, Die Keure, 2009-2010, p. 33.

sation ou d'une novation sur la base d'une convention de netting ne se prévaut pas également d'une clause résolutoire, d'une condition résolutoire ou de clauses et conditions de déchéance du terme stipulées pour permettre la novation ou la compensation;

- 2) en cas de réalisation d'une convention constitutive de sûreté réelle visée aux articles 8, 12 et 13 de la présente loi et en ce qui concerne tout recours dans ce cadre à une convention de netting ou aux clauses et conditions résolutoires ou de déchéance du terme stipulées pour permettre la novation ou la compensation;
- 3) aux sûretés réelles, conventions de netting et clauses et conditions résolutoires ou de déchéance du terme stipulées pour permettre la novation ou la compensation, lorsqu'elles sont conclues au sujet de produits dérivés ou d'autres opérations financières telles que décrites par le Roi dans un arrêté concerté avec la Banque Nationale de Belgique. Lors de la rédaction de cette liste de types d'opérations, le Roi tient compte de l'intérêt des mécanismes visés au premier alinéa pour le fonctionnement normal des opérations concernées et pour les marchés dans lesquels ils sont utilisés et de manière plus générale, des pratiques de marché belges et internationales».

Cet article consacre expressément l'interdiction du close-out netting⁴⁶. Les articles 14 et 15 de la LSF, qui subordonnent à deux conditions l'opposabilité de la compensation lors d'une procédure d'insolvabilité, ne peuvent par conséquent pas s'appliquer lors d'une procédure en réorganisation. C'est dès lors le droit commun qui aura vocation à s'appliquer⁴⁷. L'objectif sous-jacent est de trouver un «meilleur équilibre entre les intérêts des banquiers et des créanciers et la sauvegarde des activités économiques d'entreprise»⁴⁸.

La protection des articles 14 et 15 de la LSF subsiste néanmoins dans différentes hypothèses.

Premièrement, le défaut de paiement du débiteur à savoir le «non-paiement au moment où l'obligation de paiement est devenue exigible» qui se rapporte «(en ce qui concerne sa réalisation) à au moins une des obligations garanties par la sûreté réelle (...) ou à au moins une des obligations qui tombent dans le champ d'application de la convention de close-out netting»⁴⁹

permet au créancier de se prévaloir des articles 14 et 15.

Ensuite, la compensation reste opposable si elle est sollicitée sans que des clauses ou conditions résolutoires ou d'autres dispositions concernant la résiliation anticipée ne soient invoquées⁵⁰.

Le close-out netting demeure également permis lorsque les créanciers et débiteurs sont des personnes morales publiques ou financières.

La compensation invoquée dans le cadre d'un gage sur instrument financier, d'un transfert de propriété à titre de garantie ou d'une opération de cession-rétrocession est, de surcroît, autorisée. Cette dernière hypothèse vise toutefois uniquement les produits dérivés et les opérations sur instruments financiers. Le législateur a entendu garantir «le fonctionnement des clauses de close-out netting et des sûretés dans le cadre de produits financiers»⁵¹.

Section 4. Les clauses résolutoires

19. Principe. L'article 35, § 1^{er}, al.1^{er} de la LCE dispose que «nonobstant toutes stipulations contractuelles contraires, la demande ou l'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire ne met pas fin aux contrats en cours ni aux modalités de leur exécution. Le manquement contractuel commis par le débiteur avant que le sursis ne soit accordé ne peut fonder le créancier à mettre fin au contrat lorsque le débiteur met fin à son manquement en s'exécutant dans un délai de quinze jours après qu'il a été mis en demeure à cette fin par le créancier sursitaire».

A la lecture des termes «nonobstant toutes stipulations contractuelles contraires», on comprend rapidement que les dispositions contractuelles prévoyant la fin anticipée du contrat se trouvent paralysées. La doctrine penche pour une application large de cet article. Seraient ainsi privées d'effet non seulement les conditions et clauses résolutoires mais également les clauses et conditions de déchéance du terme, les clauses de résiliation unilatérale et clauses de dédit⁵².

20. Tempéraments. Cette restriction au droit de résolution du cocontractant doit toutefois être nuancée.

En présence d'un manquement contractuel commis

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

47. La compensation n'est, pour rappel, permise après concours qu'entre dettes connexes qui existent préalablement à la survenance de ce dernier. La transposition de cette règle à la procédure de réorganisation judiciaire reste néanmoins très délicate vu l'inexistence d'une situation de concours... De là à prôner une opposabilité de principe, il y a pas que nous n'oserons pas franchir.

48. *Doc. Parl.*, Ch. Repr., session ord. 2010-2011, doc. 53, n° 1714/002, p. 7.

49. *Doc. Parl.*, Ch. Repr., session ord. 2010-2011, doc. 53, n° 1714/002, p. 9.

50. *Doc. Parl.*, Ch. Repr., session ord. 2010-2011, doc. 53, n° 1714/002, pp. 9-10.

51. F. GEORGES, C. MUSCH, «Développements récents en matière de garanties mobilières et de cautionnements», in X., *L'entreprise en difficulté*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 93.

52. P. VAN OMMEFLAGHE, «La loi sur la continuité des entreprises: opposabilité des conventions aux créanciers», in M. DAL, A. ZENNER (coord.), *Actualité de la continuité, continuité de l'actualité. Etats généraux de la continuité*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 163; A. ZENNER, J.-P. LEBEAU, C. ALTER, *La loi relative à la continuité des entreprises à l'épreuve de sa première pratique*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 178.

par le débiteur avant que le sursis ne soit accordé, le créancier sursitaire peut mettre en demeure le débiteur de régulariser ledit manquement dans un délai de 15 jours. A défaut pour le débiteur de satisfaire à cette demande et de pallier son manquement, le créancier sera en droit d'invoquer la résolution du contrat (voy. *infra* n°29).

21. Articulation avec la loi sur les sûretés financières. La question de l'articulation entre l'article 35 de la LCE et la LSF n'a pas manqué d'éveiller l'intérêt de la doctrine⁵³. Quel sort réserver en effet aux clauses et conditions résolutoires visées à l'article 14 de la LSF en cas de réorganisation judiciaire?

Avant la promulgation de la loi du 26 septembre 2011, la doctrine restait divisée.

D'un côté, la doctrine majoritaire se réfugiait derrière l'article 7 de la LCE qui précise qu'à moins d'«une dérogation résultant d'un texte exprès de la présente loi, celle-ci n'a pas pour objet de modifier des lois antérieures ni d'y apporter une dérogation». Les auteurs estimaient qu'à la lecture de la loi et des travaux préparatoires, la LSF, et plus particulièrement son article 14⁵⁴, devait «sortir ses pleins et entiers effets»⁵⁵. Ainsi, M. GRÉGOIRE affirmait: «il faut admettre que la clause résolutoire expresse visée à l'article 14 de la loi du 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières n'est pas entravée par l'article 35, § 1^{er}, L.C.E.»⁵⁶. Selon cette interprétation, les «clauses et conditions résolutoires ou de déchéance devaient donc recevoir application nonobstant le principe de continuité lorsqu'elles étaient stipulées pour permettre la compensation (...) l'essentiel étant que la clause (ou condition) résolutoire et compensation coexistent au sein d'un même contrat ou d'une même relation contractuelle»⁵⁷.

D'un autre côté, l'absence de réserve expresse quant à l'application de la loi du 15 décembre 2004 invitait, selon J. Windey, à la prudence⁵⁸.

L'interdiction du close-out netting introduite à l'article 4, § 3 de la LSF est toutefois venue limiter l'interprétation défendue par la doctrine majoritaire (Voy. *supra* n°18).

Section 5. L'action directe

22. Position du problème. En droit commun, la surveillance d'une situation du concours dans le chef du débiteur intermédiaire constitue un obstacle à l'exercice de l'action directe. A moins d'avoir été exercée avant l'ouverture de la procédure, l'action directe ne peut être poursuivie après faillite ou toute autre situation de concours.

Nous avons vu que la procédure de réorganisation judiciaire ne créait pas de situation de concours. Par conséquent, on devrait pouvoir en déduire que le régime susmentionné ne trouve pas à s'appliquer...

23. Réponse partielle apportée par le législateur. La question fut abordée expressément par le législateur. Le parti fut pris de régler uniquement le sort de l'action directe du sous-traitant à l'égard du maître de l'ouvrage (article 1798 du Code civil).

Conformément à l'article 33, § 5 de la loi, l'action directe ne sera pas entravée par le jugement d'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire de l'entrepreneur⁵⁹. L'objectif poursuivi par le législateur est d'éviter «l'effet domino» qui pourrait découler de la procédure de réorganisation⁶⁰. Par contre, en cas de transfert sous autorité de justice, la solution est conforme au droit commun. L'action directe intentée postérieurement à la réalisation du transfert ne produit pas d'effet⁶¹.

L'article 33 ne dit mot du sort à réserver aux autres actions directes. Deux courants doctrinaux semblent se dessiner.

D'une part, E. Dirix et R. Jansen⁶² allèguent que les actions directes autres que celle prévue à l'article 1798

53. J. WINDEY, «La loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises», *J.T.*, 2009, p. 244.

54. L'article 14 dispose: «Les conventions de netting, ainsi que les clauses et conditions résolutoires ou de déchéance du terme stipulées pour permettre la novation ou la compensation, peuvent, sans mise en demeure ni décision judiciaire préalable, nonobstant toute cession des droits sur lesquelles elles portent, en cas de procédure d'insolvabilité, de saisie ou de toute situation de concours, être opposées aux créanciers si la créance et la dette à novover ou à compenser existent lors de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ou de la survenance de la saisie ou d'une situation de concours, quels que soient la date de leur exigibilité, leur objet ou la monnaie dans laquelle elles sont libellées».

55. W. DAVID, J.P. RENARD, V. RENARD, *La loi relative à la continuité des entreprises: mode d'emploi*, Waterloo, Kluwer, 2009, p. 159; P. VAN OMMESLAGHE, «La loi sur la continuité des entreprises: opposabilité des conventions aux créanciers», in M. DAL, A. ZENNER (coord.), *Actualité de la continuité, continuité de l'actualité. Etats généraux de la continuité*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 144; I. VEROUGSTRAETE, «Rechten en garanties van de schuldeisers. De lopende overeenkomsten», in X., *La loi relative à la continuité des entreprises*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, p. 154; I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 169.

56. M. GRÉGOIRE, «L'entreprise en voie de restructuration et ses créanciers: à la recherche de nouveaux équilibres?», in X., *L'entreprise en difficulté*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 50.

57. A. ZENNER, J.-P. LEBEAU, C. ALTER, *La loi relative à la continuité des entreprises à l'épreuve de sa première pratique*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 178. Voy. également I. VEROUGSTRAETE, «Rechten en garanties van de schuldeisers. De lopende overeenkomsten», in X., *La loi relative à la continuité des entreprises*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, p. 158.

58. J. WINDEY, «La loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises», *J.T.*, 2009, p. 244.

59. A. ZENNER, J.-P. LEBEAU, C. ALTER, *La loi relative à la continuité des entreprises à l'épreuve de sa première pratique*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 163.

60. W. DAVID, J.P. RENARD, V. RENARD, *La loi relative à la continuité des entreprises: mode d'emploi*, Waterloo, Kluwer, 2009, p. 153; I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 167.

61. M. GRÉGOIRE, «L'entreprise en voie de restructuration et ses créanciers: à la recherche de nouveaux équilibres?», in X., *L'entreprise en difficulté*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 52.

62. E. DIRIX, R. JANSEN, «De positie van de schuldeisers en het lot van de lopende overeenkomsten», in «*De Wet betreffende de continuïteit van ondernemingen. -Getest*,

C. civ. sont prohibées durant le sursis.

D'autre part, P. Van Ommeslaghe estime ce point de vue discutable «en l'absence de dérogation formelle au droit commun résultant de la LCE». Il nuance néanmoins sa position en ces termes: «Mais elle peut se déduire *a contrario* de la règle énoncée par l'article 33, alinéa 3 et elle peut paraître raisonnable dans le contexte d'un sursis aux poursuites individuelles»⁶³.

La procédure de réorganisation judiciaire dans le chef du débiteur n'aura, selon M. Van Meenen⁶⁴, aucune incidence sur la possibilité pour la personne lésée de s'adresser à l'assureur RC du débiteur lorsque le risque est couvert. Nous partageons ce point de vue. Un assureur RC ne nous paraît dès lors pas autorisé à invoquer la procédure de réorganisation judiciaire dont son assuré fait l'objet pour s'opposer à l'indemnisation du tiers lésé.

Section 6. Le sort des sûretés personnelles et des codébiteurs

24. Absence de bénéfice du sursis. Le sort des sûretés personnelles et des codébiteurs est réglé par l'article 33, al.2 de la LCE. Ces derniers ne pourront bénéficier du sursis⁶⁵. Les éventuelles actions dirigées à leur encontre par les créanciers du débiteur en difficulté ne seront pas entravées par le sursis dont bénéficiera le débiteur⁶⁶ sous la seule réserve de l'application des dispositions relatives au cautionnement à titre gratuit (articles 2043*bis* à *octies* Code civil)⁶⁷.

Chapitre 3. Sort du contrat en cours en cas d'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire

Section 1. Principe de la continuité

25. Principe. C'est à l'article 35 de la loi que l'on retrouve le principe de continuité des contrats en cours, indispensable à la pérennité de l'entreprise. Chaque partie au contrat se verra donc dans l'obligation de poursuivre l'exécution de ses obligations. Elles seront

«tenues de respecter scrupuleusement les contrats en cours et leurs modalités»⁶⁸.

26. Corollaire. Afin d'assurer cette continuité des contrats, le législateur se devait de limiter le droit de résolution des créanciers (Section 2). D'une part, l'article 35, § 1^{er}, al.1 annihile l'effet des stipulations contractuelles contraires à la poursuite des contrats. D'autre part, l'article 35, § 1^{er}, al.2 restreint le droit de résolution du créancier en cas de manquement contractuel commis par le débiteur en offrant à ce dernier la possibilité de régulariser la situation.

Encore fallait-il toutefois envisager l'hypothèse d'une poursuite du contrat préjudiciable au débiteur en réorganisation. Le débiteur peut ainsi faire choix, sous certaines conditions, conformément à l'article 35, § 2 de la LCE, de ne pas exécuter le contrat en cours pendant le sursis (Section 3).

27. L'expression «contrats en cours». La portée de la notion de «contrats en cours» n'emporte pas l'unanimité au sein de la doctrine. Les auteurs sont en effet partagés sur l'interprétation à donner à ces termes⁶⁹. S'agit-il des contrats à prestations successives ou échelonnées? N'y a-t-il pas lieu d'englober également dans cette notion les contrats dans lesquels l'exécution de l'obligation d'une partie envers l'autre est encore attendue quand bien même il s'agirait de contrats instantanés? Doit-on définir le contrat en cours eu égard à la prestation à accomplir par le débiteur ou celle à accomplir par le cocontractant de ce dernier? Le texte de loi n'est guère d'un grand secours: les termes «contrats en cours» et «contrats à prestations successives» sont tour à tour utilisés sans qu'aucune précision ou distinction ne soit apportée. A ce jour, ces nombreuses controverses n'ont pas encore pu être résolues en jurisprudence⁷⁰.

Section 2. Clauses résolutoires et droit de résolution

28. Clauses résolutoires: renvoi. Le sort des clauses résolutoires a été étudié *supra* n° 19 et s. Nous nous permettons par conséquent d'y renvoyer le lecteur.

29. Aménagement du droit de résolution. Il arrive gé-

gewikt en gewogen, 157, n° 27 cités par P. VAN OMMESLAGHE, «La loi sur la continuité des entreprises: opposabilité des conventions aux créanciers», in M. DAL, A. ZENNER (coord.), *Actualité de la continuité, continuité de l'actualité. Etats généraux de la continuité*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 155.

63. P. VAN OMMESLAGHE, «La loi sur la continuité des entreprises: opposabilité des conventions aux créanciers», in M. DAL, A. ZENNER (coord.), *Actualité de la continuité, continuité de l'actualité. Etats généraux de la continuité*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 155.

64. M. VAN MEENEN, «Het lot van aansprakelijkheidsverzekeringen bij gerechtelijke reorganisatie», in X., *Liber Amicorum Herman Cousy*, Intersentia, 2011, p. 1145.

65. I. VEROUGSTRAETE, «Rechten en garanties van de schuldeisers. De lopende overeenkomsten», in X., *La loi relative à la continuité des entreprises*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, p. 155.

66. W. DAVID, J.P. RENARD, V. RENARD, *La loi relative à la continuité des entreprises: mode d'emploi*, Waterloo, Kluwer, 2009, p. 152; A. ZENNER, J.-P. LEBEAU, C. ALTER, *La loi relative à la continuité des entreprises à l'épreuve de sa première pratique*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 161.

67. W. DAVID, J.P. RENARD, V. RENARD, *La loi relative à la continuité des entreprises: mode d'emploi*, Waterloo, Kluwer, 2009, p. 152; M. GRÉGOIRE, «L'entreprise en voie de restructuration et ses créanciers: à la recherche de nouveaux équilibres?», in X., *L'entreprise en difficulté*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 53.

68. W. DAVID, J.P. RENARD, V. RENARD, *La loi relative à la continuité des entreprises: mode d'emploi*, Waterloo, Kluwer, 2009, p. 157.

69. Voy. sur la question: A. ZENNER, J.-P. LEBEAU, C. ALTER, *La loi relative à la continuité des entreprises à l'épreuve de sa première pratique*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 169-176.

70. P. VAN OMMESLAGHE, «La loi sur la continuité des entreprises: opposabilité des conventions aux créanciers», in M. DAL, A. ZENNER (coord.), *Actualité de la continuité, continuité de l'actualité. Etats généraux de la continuité*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 162.

néralement qu'au jour de l'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire, le débiteur soit toujours en défaut d'exécuter ses obligations contractuelles. Cette inexécution contractuelle d'une créance sursitaire préalablement à l'ouverture de la procédure fait l'objet d'un régime spécial.

L'occasion est en effet offerte au débiteur de pallier ses manquements pour empêcher qu'il soit mis fin au contrat⁷¹. Le débiteur dispose pour ce faire d'un délai de 15 jours à compter de la mise en demeure du créancier sursitaire. «La mise en demeure par le créancier sursitaire doit indiquer expressément sa volonté de mettre fin au contrat sur la base du manquement du débiteur en réorganisation si celui-ci ne met pas fin à son manquement dans les 15 jours»⁷².

L'action en résolution ne pourra donc être exercée qu'à défaut pour le débiteur d'avoir remédié à ses manquements. A l'inverse, les autres moyens de défense du droit commun (exception d'inexécution, droit de rétention,...) continueront à trouver application⁷³.

L'étendue de cette «obligation de réparation»⁷⁴ a suscité le débat, principalement en présence de contrats à prestations successives. Toutes les prestations antérieures au sursis doivent-elles être exécutées endéans les 15 jours fixés par le législateur? S'agissant d'une créance sursitaire n'est-il pas incohérent de conditionner la poursuite du contrat au remboursement intégral des arriérés?

La solution pragmatique prônée en doctrine consiste à «considérer que le débiteur met fin à son manquement en s'engageant à inclure la créance dans son plan de réorganisation et à l'honorer conformément à ce plan»⁷⁵.

Section 3. Possibilité de ne pas exécuter le contrat

30. Faculté offerte au débiteur. L'article 35, § 2 de la LCE dispose que:

«Le débiteur peut cependant, même en l'absence de disposition contractuelle en ce sens, décider de ne plus exécuter un contrat en cours pendant la durée du

sursis, en notifiant cette décision à ses cocontractants conformément à l'article 26, § 2, à la condition que cette non-exécution soit nécessaire pour pouvoir proposer un plan de réorganisation aux créanciers ou rendre le transfert sous autorité judiciaire possible.

L'exercice de ce droit ne prive pas le créancier du droit de suspendre ses propres prestations.

Lorsque le débiteur décide de ne plus exécuter un contrat en cours, les dommages auxquels son contractant peut prétendre sont une créance sursitaire.

La possibilité prévue par cet article ne s'applique pas aux contrats de travail».

L'option ouverte au débiteur de ne plus exécuter le contrat est soumise à deux conditions, l'une de fond, l'autre de forme.

Sur le fond, la non-exécution du contrat doit être nécessaire pour proposer un plan de réorganisation ou rendre possible un transfert sous autorité de justice. Cette condition de nécessité n'est malheureusement pas davantage précisée.

Sur la forme, il incombe au débiteur de notifier individuellement à chacun de ses cocontractants sa volonté de ne plus exécuter le contrat dans les quatorze jours du prononcé du jugement⁷⁶.

31. Effets. Le refus d'exécution entraîne la suspension du contrat. Les termes «ne plus exécuter» ne doivent pas être confondus avec un quelconque «droit de mettre fin»⁷⁷. «Dans l'intention du législateur, cette disposition ne confère pas au débiteur en réorganisation judiciaire le droit de résilier»⁷⁸. Il expose néanmoins le débiteur aux sanctions de droit commun telles que l'exception d'inexécution⁷⁹, le droit de rétention et l'exception de compensation⁸⁰. Le droit dans le chef du cocontractant de poursuivre la résolution du contrat est moins certain⁸¹. I. Verougstraete est d'avis que durant le sursis, le cocontractant du débiteur «ne pourra pas poursuivre la résolution du contrat en raison de sa suspension étant donné que ladite suspension est une prérogative légale dont le débiteur fait

71. P. VAN OMMESLAGHE, «La loi sur la continuité des entreprises: opposabilité des conventions aux créanciers», in M. DAL, A. ZENNER (coord.), *Actualité de la continuité, continuité de l'actualité. Etats généraux de la continuité*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 164.

72. A. ZENNER, J.-P. LEBEAU, C. ALTER, *La loi relative à la continuité des entreprises à l'épreuve de sa première pratique*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 180.

73. P. VAN OMMESLAGHE, «La loi sur la continuité des entreprises: opposabilité des conventions aux créanciers», in M. DAL, A. ZENNER (coord.), *Actualité de la continuité, continuité de l'actualité. Etats généraux de la continuité*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 165.

74. A. ZENNER, J.-P. LEBEAU, C. ALTER, *La loi relative à la continuité des entreprises à l'épreuve de sa première pratique*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 181.

75. A. ZENNER, J.-P. LEBEAU, C. ALTER, *La loi relative à la continuité des entreprises à l'épreuve de sa première pratique*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 161; I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 173.

76. A. ZENNER, J.-P. LEBEAU, C. ALTER, *La loi relative à la continuité des entreprises à l'épreuve de sa première pratique*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 182.

77. A. ZENNER, J.-P. LEBEAU, C. ALTER, *La loi relative à la continuité des entreprises à l'épreuve de sa première pratique*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 182.

78. P. VAN OMMESLAGHE, «La loi sur la continuité des entreprises: opposabilité des conventions aux créanciers», in M. DAL, A. ZENNER (coord.), *Actualité de la continuité, continuité de l'actualité. Etats généraux de la continuité*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 167.

79. L'article 35, § 2, alinéa 2 inséré par la loi du 27 mai 2013 dispose d'ailleurs que «L'exercice de ce droit ne prive pas le créancier du droit de suspendre ses propres prestations».

80. P. VAN OMMESLAGHE, «La loi sur la continuité des entreprises: opposabilité des conventions aux créanciers», in M. DAL, A. ZENNER (coord.), *Actualité de la continuité, continuité de l'actualité. Etats généraux de la continuité*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 167.

81. A. ZENNER, J.-P. LEBEAU, C. ALTER, *La loi relative à la continuité des entreprises à l'épreuve de sa première pratique*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 184.

usage, ce qui ne peut à l'évidence être considéré comme une faute»⁸².

Cette faculté n'exonère de surcroît pas le débiteur de sa responsabilité contractuelle⁸³. Les éventuels dommages survenus ensuite de cette inexécution constitueront une créance sursitaire⁸⁴.

Section 4. Les contrats *intuitu personae*

32. Contexte. On enseigne traditionnellement, en matière de faillite, que les contrats *intuitu personae* sont dissous de plein droit au jour du jugement déclaratif de faillite⁸⁵. La question de l'application de ce principe par analogie à la réorganisation judiciaire est rapidement apparue.

33. Deux courants. La doctrine reste divisée sur la poursuite ou non des contrats *intuitu personae*⁸⁶. Deux opinions semblent se dégager. Certains auteurs préconisent la dissolution du contrat pour autant que la confiance soit ébranlée au point que le contrat ne puisse plus être exécuté⁸⁷. Les autres, majoritaires, considèrent que, dans le silence du texte, il est préférable de prôner la poursuite du contrat⁸⁸. Selon I. Verougstraete, «Het lijkt nochtans redelijk aan te nemen dat in deze materie de continuïteit moet prevaleren, en dit des te meer omdat de wet geen enkel onderscheid maakt. De categorie «*intuitu personae*» is daarenboven moeilijk af te bakenen»⁸⁹⁻⁹⁰.

34. Cas particulier. «Il n'en va cependant pas de même après la fin du sursis. Ainsi, le cocontractant sera-t-il, à notre sens, fondé à mettre fin à un contrat *intuitu personae* en cas de transfert de tout ou partie de l'entreprise du débiteur ou de ses activités. En effet, dans une telle hypothèse, la contrepartie du cocontractant du débiteur changerait (il ne s'agirait plus de débiteur mais de la personne à laquelle l'entreprise ou les activités ont été transférées), ce qui lui permet indéniablement de mettre fin au contrat»⁹¹.

Section 5. Les contrats à prestations successives et les contrats conclus en cours de procédure

35. Contrats à prestations successives. Le critère de distinction entre créances sursitaires et non sursitaires repose sur la date des prestations⁹².

Les créances issues de contrats en cours à prestations successives qui se rapportent à des prestations effectuées après l'ouverture de la procédure échappent au sursis. Elles ne constituent pas des créances sursitaires. Les créanciers sont donc parfaitement en droit d'en réclamer l'exécution conformément aux principes de droit commun. A défaut d'exécution, le créancier se tournera également vers les sanctions de droit commun (droit de rétention, exception d'inexécution, droit de résolution sans devoir respecter l'obligation de mise en demeure et le délai de 15 jours⁹³) sans que le sursis ne vienne affecter ces dernières⁹⁴. Il ne pourra se voir empêché de procéder à une saisie-exécution ou une saisie-revendication⁹⁵.

A l'inverse, les créances se rapportant à des prestations antérieures sont considérées comme créances sursitaires.

36. Contrats conclus en cours de procédure. Les nouveaux contrats conclus entre le débiteur en réorganisation et son contractant échappent également aux effets du sursis. Ils restent soumis au droit commun.

82. I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 175 qui cite J. WINDEY, «Les effets de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises sur les créanciers et leurs garanties», *La loi relative à la continuité des entreprises*, Larcier, 2009, p. 116.

83. I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 174.

84. Article 35, § 2, al.2 de la LCE. M. GRÉGOIRE, «L'entreprise en voie de restructuration et ses créanciers: à la recherche de nouveaux équilibres?», in X., *L'entreprise en difficulté*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 51.

85. L. HERVE, «Aperçu général du sort des contrats en cours dans le cadre des nouvelles lois sur les faillites et sur le concordat judiciaire», *Act. dr.*, 1997, p. 425. Voy. également en ce sens les travaux préparatoires: *Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess. ord., 1991-1992, n°0631/1, p. 23.

86. P. VAN OMMESLAGHE, «La loi sur la continuité des entreprises: opposabilité des conventions aux créanciers», in M. DAL, A. ZENNER (coord.), *Actualité de la continuité, continuité de l'actualité. Etats généraux de la continuité*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 164; I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 171.

87. Opinion initialement soutenue par A. ZENNER.

88. M. GRÉGOIRE, «L'entreprise en voie de restructuration et ses créanciers: à la recherche de nouveaux équilibres?», in X., *L'entreprise en difficulté*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 50.

89. I. VEROUGSTRAETE, «Rechten en garanties van de schuldeisers. De lopende overeenkomsten», in X., *La loi relative à la continuité des entreprises*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, p. 158.

90. Dans le même sens: W. DAVID, J.P. RENARD, V. RENARD, *La loi relative à la continuité des entreprises: mode d'emploi*, Waterloo, Kluwer, 2009, p. 159.

91. W. DAVID, J.P. RENARD, V. RENARD, *La loi relative à la continuité des entreprises: mode d'emploi*, Waterloo, Kluwer, 2009, p. 159.

92. *Doc. Parl.*, Ch. Repr., 2007-2008, n°0160/002, p. 63; I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 176.

93. W. DAVID, J.P. RENARD, V. RENARD, *La loi relative à la continuité des entreprises: mode d'emploi*, Waterloo, Kluwer, 2009, p. 160.

94. P. VAN OMMESLAGHE, «La loi sur la continuité des entreprises: opposabilité des conventions aux créanciers», in M. DAL, A. ZENNER (coord.), *Actualité de la continuité, continuité de l'actualité. Etats généraux de la continuité*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 166.

95. M. GRÉGOIRE, «L'entreprise en voie de restructuration et ses créanciers: à la recherche de nouveaux équilibres?», in X., *L'entreprise en difficulté*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 53.

Chapitre 4. Le contrat d'assurance et la réorganisation judiciaire

Section 1. Articulation avec les dispositions de la loi du 25 juin 1992

A. Principe: la continuité des contrats

37. Rappel. Comme nous l'avons déjà relevé ci-dessus, en vue de «bénéficier d'une période de protection au cours de laquelle elle sera à l'abri des mesures d'exécution de ses créanciers»⁹⁶, la LCE institue une période de sursis pendant laquelle aucune mesure d'exécution ne peut être entreprise contre le débiteur en réorganisation judiciaire.

L'article 35 de la loi du 31 janvier 2009 pose par ailleurs le principe de la continuité des contrats en cours et de l'inefficacité des clauses résolutoires liées à la procédure de réorganisation.

La clause d'un contrat d'assurance par laquelle l'assureur se réserverait la faculté de résilier son contrat dans l'hypothèse où le preneur ferait l'objet d'une procédure de réorganisation judiciaire, est donc légalement privée d'effet.

B. Le défaut de paiement des primes

38. Maintien de la suspension de la garantie et du droit de résiliation du contrat? Lorsqu'un preneur d'assurance ne paie pas la prime dont il est redevable, l'assureur dispose comme on le sait de deux sanctions qu'il peut mettre en œuvre dans le respect des articles 14 à 18 de la loi sur le contrat d'assurance terrestre: la suspension de la garantie, d'une part, et la résiliation du contrat, d'autre part⁹⁷.

L'assureur conserve-t-il le droit d'appliquer ces sanctions lorsque son assuré fait l'objet d'une réorganisation judiciaire?

39. Première distinction à opérer. Pour répondre à cette question, il convient d'opérer une distinction selon que le contrat d'assurance dont la prime demeure impayée a été conclu avant ou après l'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire.

1/ Contrat conclu avant la réorganisation judiciaire

40. Créances sursitaires et non sursitaires. En présence d'un contrat d'assurance souscrit avant l'ouver-

ture de la réorganisation judiciaire, l'hypothèse du non-paiement de la prime échue avant l'ouverture de la réorganisation judiciaire (créance sursitaire) (a) doit être distinguée de celle du non règlement d'une nouvelle prime qui viendrait à échéance après l'ouverture de cette procédure (créance non sursitaire) (b).

a) Prime venant à échéance avant l'ouverture de la réorganisation judiciaire

41. Perte du droit de suspension de la garantie et de résiliation du contrat. Si la prime vient à échéance avant le jugement d'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire, la créance de l'assureur doit incontestablement être qualifiée de sursitaire. L'assureur perd par conséquent la possibilité de suspendre sa garantie et de résilier le contrat comme le prévoit la loi sur le contrat d'assurance terrestre. Il s'agit là des conséquences du sursis qui est accordé à l'entreprise débitrice.

42. Fondements. Le fondement légal de ces conséquences n'est cependant pas explicite dans les deux cas.

La loi du 31 janvier 2009 n'interdit en effet pas formellement aux assureurs de suspendre leur garantie en cas de défaut de paiement des primes. Cette interdiction nous paraît toutefois se déduire de la *ratio legis* et de l'objectif visé par l'article 30 de ladite loi, qui interdit toute «voie d'exécution des créances sursitaires». Il faut par ailleurs observer qu'en cas de faillite du preneur d'assurance, la doctrine considère de manière unanime que «le régime de la suspension de la garantie pour défaut de paiement des primes ne peut plus être mis en œuvre»⁹⁸. La même solution nous paraît dès lors s'imposer par analogie⁹⁹.

S'agissant en revanche de la résiliation, l'article 35, § 1^{er}, alinéa 2 de la loi du 31 janvier 2009 dispose explicitement que «le manquement contractuel commis par le débiteur avant que le sursis ne soit accordé ne peut fonder le créancier à mettre fin au contrat lorsque le débiteur met fin à son manquement dans un délai de quinze jours après qu'il a été mis en demeure à cette fin par le créancier sursitaire». Une lecture rapide de ce texte pourrait évidemment laisser penser qu'il suffirait aux assureurs de mettre leur assuré en demeure et de constater le défaut de réaction au terme d'un délai de quinze jours pour leur permettre de retrouver leur droit de résilier le contrat. Tel n'est cependant pas l'avis d'une partie de la doctrine

96. T. BELLAVIA, «La réorganisation judiciaire et le sort des contrats», *Le Pli juridique*, n° 15, avril 2011, Anthemis, p. 11.

97. Pour un commentaire de ces sanctions, voy. not.: M. FONTAINE, *Droit des assurances*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 209-215; J.-L. FAGNART, *Droit privé des assurances terrestres*, T.P.D.C., t. 3, Diegem, Story scientia, 1998, pp. 96-98; L. SCHUERMANS, *Grondslagen van het Belgisch verzekeringsrecht*, 2^e éd., Intersentia, Anvers, 2008, pp. 334-342.

98. M. FONTAINE, *Droit des assurances*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2010, p. 313, n° 440 et les références citées.

99. En matière d'assurance-crédit, la question se pose en revanche de savoir si la loi du 31 janvier 2009 doit ou non l'emporter sur la règle qui est énoncée par l'article 73 de la loi du 25 juin 1992 qui, pour rappel, dispose que «par dérogation aux articles 16, alinéa 2, et 17, lorsque le preneur n'effectue pas le paiement des primes échues dans le mois de la sommation de payer, l'assureur a la faculté de refuser définitivement sa garantie; dans ce cas, le preneur reste tenu du paiement des primes échues».

qui, pour ce qui concerne les contrats à prestations successives, rejette cette lecture isolée de l'article 35, § 1^{er}, alinéa 2 et «prône une lecture combinée de cette disposition avec l'article 36»¹⁰⁰. Concrètement, la plupart des auteurs considèrent en effet que «*le débiteur met fin à son manquement en indiquant au créancier, dans les quinze jours à dater de la mise en demeure, qu'il s'engage à inclure la créance dans son plan de réorganisation et à l'honorer conformément à celui-ci*»¹⁰¹. Pour autant que cette thèse doctrinale soit entérinée par la jurisprudence, le débiteur qui aura veillé à prendre cet engagement se placera donc efficacement à l'abri d'une résiliation de son contrat d'assurance pour défaut de paiement de la prime.

b) Prime venant à échéance après l'ouverture de la réorganisation judiciaire

43. Maintien des droits de l'assureur. La prime d'assurance qui viendrait à échéance après le jugement d'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire ne peut être qualifiée de sursitaire. D'une part, la définition que donne l'article 2, c) de la loi du 31 janvier 2009 des créances sursitaires ne vise que les créances nées *avant* le jugement d'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire. D'autre part, l'article 36 de cette même loi dispose qu'«*une créance issue de contrats en cours à prestations successives n'est pas soumise au sursis, en ce compris les intérêts, dans la mesure où elle se rapporte à des prestations effectuées après la déclaration d'ouverture de la procédure*».

Il se déduit de ce qui précède que l'assureur qui serait confronté à un preneur d'assurance en réorganisation judiciaire qui ne paierait pas la prime d'assurance venue à échéance après l'ouverture de la réorganisation judiciaire, aurait parfaitement le droit de suspendre sa garantie ou de résilier son contrat en application des articles 14 à 16 de la loi du 25 juin 1992.

44. Problèmes de qualification. Mais encore faut-il s'entendre sur la portée à donner à la règle énoncée par l'article 36 précité. En d'autres termes, quelles sont les primes (ou parties de prime) qui échappent à la qualification de «créances sursitaires»?

Aucune difficulté ne se pose bien entendu en présence d'une nouvelle prime annuelle qui est venue à échéance après le jugement d'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire. Il s'agit là, incontestablement, d'une créance qui ne peut être qualifiée de sursitaire.

La qualification est plus délicate quand le paiement de la prime est par exemple trimestriel et que la 'nouvelle prime' dont il est question n'est par conséquent qu'une fraction de la prime annuelle. Dans cette hypothèse, faut-il considérer que le qualificatif de créance sursitaire s'attache au montant de la prime qui est dû pour une année entière ou uniquement aux échéances trimestrielles survenues avant le jugement d'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire?

Le contrat d'assurance règle parfois lui-même la question en précisant que la prime est et reste annuelle et que son étalement trimestriel ne constitue qu'une modalité de règlement. En pareil cas, il s'impose, nous semble-t-il, d'attribuer le qualificatif de créance sursitaire à la prime annuelle et non uniquement à ses échéances trimestrielles antérieures à l'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire.

Cette solution ne semble en revanche pas s'imposer en l'absence d'une telle clause. L'article 36 soustrait en effet à la règle du sursis toute créance issue de contrats en cours à prestations successives «*dans la mesure où elle se rapporte à des prestations effectuées après la déclaration d'ouverture de la procédure*». Or, la créance que constitue une prime d'assurance peut parfaitement être divisée en fonction de la période de couverture à laquelle elle s'attache. La prestation de l'assureur consiste en effet à consentir sa couverture pour une période déterminée. *A priori*, rien n'empêche par conséquent de considérer qu'une ventilation peut être faite entre la partie de prime qui est afférente à la période de couverture antérieure à l'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire et celle qui est relative à la période postérieure à cet événement¹⁰². L'article 18 de la loi sur le contrat confirme d'ailleurs ce caractère divisible de la prime d'assurance¹⁰³.

Le raisonnement qui précède atténue sensiblement la protection qu'est censée constituer la loi du 31 janvier 2009 pour le débiteur défaillant. Un assureur bien organisé pourrait en effet chercher à obtenir la résiliation de son contrat en invoquant le défaut de paiement de la partie de prime, fût-elle réduite, qui est postérieure au jugement d'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire. Sous réserve d'un abus de droit – qui consisterait par exemple à résilier le contrat pour le non-paiement d'une partie dérisoire de la prime annuelle –, cette technique de 'proratiation' de la prime ne paraît toutefois pas interdite.

100. T. BELLAVIA, «La réorganisation judiciaire et le sort des contrats», *Le Pli juridique*, n° 15, avril 2011, Anthemis, p. 12, n° 4.

101. *Ibidem*.

102. Dans un sens similaire, voy. M. VAN MEENEN, «Het lot van aansprakelijkheidsverzekeringen bij gerechtelijke reorganisatie», in X., *Liber Amicorum Herman Cousy*, Anvers, Intersentia, 2011, p. 1144.

103. L'article 18, alinéa 1^{er} de la loi du 25 juin 1992 dispose en effet que «*lorsque le contrat est résilié pour quelque cause que ce soit, les primes payées afférentes à la période d'assurance postérieure à la date de prise d'effet de la résiliation sont remboursées dans un délai de trente jours à compter de la prise d'effet de la résiliation ou, en cas d'application de l'article 4, § 2bis, à compter de la réception par l'assureur de la notification de la résiliation*».

2/ Contrat conclu après la réorganisation judiciaire

45. Absence d'effets du sursis. Les conséquences d'un défaut de paiement de la prime sont moins délicates à déterminer lorsque le contrat d'assurance a été conclu après l'ouverture de la réorganisation judiciaire. En pareil cas, les primes ne sont en effet pas considérées comme des créances sursitaires et l'assureur conserve donc la liberté de mettre en œuvre les sanctions que prévoit la loi sur le contrat d'assurance terrestre¹⁰⁴.

On observera par ailleurs que l'article 37 de la LCE offre une garantie non négligeable à ces créances nouvelles en cas de faillite ou de liquidation (voy. *infra* n°63). Cette disposition précise en effet que «*dans la mesure où les créances se rapportent à des prestations effectuées à l'égard du débiteur pendant la procédure de réorganisation judiciaire, qu'elles soient issues d'engagements nouveaux du débiteur ou de contrats en cours au moment de l'ouverture de la procédure, elles sont considérées comme des dettes de masse dans une faillite ou liquidation subséquente survenue au cours de la période de réorganisation ou à l'expiration de celle-ci, dans la mesure où il y a un lien étroit entre la fin de la procédure de réorganisation et cette procédure collective*». Ce privilège est évidemment de nature à rassurer les entreprises d'assurances qui hésiteraient à accorder une nouvelle couverture à une société en réorganisation judiciaire.

C. La résiliation du contrat à l'échéance

46. Maintien de la faculté de résiliation ouverte à l'assureur. En vertu de l'article 30 de la loi du 25 juin 1992, la durée d'un contrat d'assurance terrestre ne peut en principe excéder un an. Cette courte durée est justifiée par la volonté de permettre à l'assuré de faire jouer la concurrence entre entreprises d'assurances. Afin d'éviter que l'assuré ne soit privé de couverture au terme de ce délai d'un an, l'article 30, § 1^{er} prévoit toutefois des reconductions tacites du contrat pour des périodes successives d'un an. Chaque partie dispose néanmoins de la faculté de s'opposer à cette reconduction annuelle, pour autant que cette opposition soit notifiée au moins trois mois avant l'arrivée du terme et dans les formes prescrites par l'article 29 de la loi.

L'assureur dispose-t-il cependant du droit de faire usage de cette faculté de résiliation du contrat à son échéance lorsque son assuré fait l'objet d'une procédure de réorganisation?

A notre avis, la réponse à réserver à cette question est positive. L'article 7 de la LCE relative à la continuité des entreprises dispose en effet que «*sauf lorsqu'une*

modification ou une dérogation résulte d'un texte expressément de la présente loi, celle-ci n'a pas pour objet de modifier des lois antérieures ni d'y apporter une dérogation». Or, à ce jour, aucune disposition de la LCE n'interdit à un assureur de se prévaloir de ce droit que lui réserve l'article 30, § 1^{er} de la loi du 25 juin 1992.

47. Faculté offerte au preneur d'assurance. On notera que le débiteur qui a souscrit le contrat d'assurance et qui, par hypothèse, fait l'objet d'une réorganisation judiciaire, bénéficie du même droit. L'article 30, § 1^{er} de la loi sur le contrat d'assurance terrestre accorde en effet ce droit de résiliation à l'échéance à l'assureur comme au preneur d'assurance.

On peut d'ailleurs penser que cette faculté de résiliation sera dans certains cas plus aisée à mettre en œuvre que le droit de non-exécution du contrat qui est prévu par l'article 35, § 2 de la LCE.

D. La résiliation du contrat après sinistre

48. Position du problème. Dans certaines branches qu'il délimite, l'article 31 de la loi sur le contrat d'assurance terrestre offre aux assureurs la faculté de se réserver contractuellement le droit de résilier leur contrat après la survenance d'un sinistre pour autant qu'ils accordent ce même droit à l'assuré. Dans la pratique, tous les assureurs qui sont autorisés à prévoir une telle clause de résiliation après sinistre la reprennent dans leur contrat. La procédure de réorganisation judiciaire entrave-t-elle la mise en œuvre de ce droit de résiliation après sinistre?

49. Application de l'article 31 de la loi de 1992 en cas de réorganisation. Il nous semble que non. L'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire et la période de sursis qui l'accompagne ne portent en effet pas atteinte aux dispositions contractuelles arrêtées entre parties¹⁰⁵. En outre, l'élément déclencheur de cette résiliation est aléatoire et sans lien avec les difficultés du preneur d'assurance puisqu'il s'agit de la survenance d'un sinistre. Il nous semble donc que le principe de continuité des contrats institué par l'article 35, § 1^{er} de la LCE n'interdit pas aux parties au contrat d'assurance de résilier ce dernier dans le respect des conditions posées par l'article 31 de la loi du 25 juin 1992.

E. L'aggravation du risque

50. Existence d'une aggravation du risque? L'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire constitue-t-elle un événement de nature à aggraver le risque assuré et, partant, à justifier l'application des règles énoncées par l'article 26 de la loi du 25 juin

104. Dans le même sens, voy.: M. VAN MEENEN, «Het lot van aansprakelijkheidsverzekeringen bij gerechtelijke reorganisatie», in X., *Liber Amicorum Herman Cousy*, Anvers, Intersentia 2011, p. 1144.

105. Sous la réserve bien entendu que la loi du 31 janvier 2009 interdit les clauses résolutoires qui seraient fondées sur la survenance d'une réorganisation judiciaire.

1992 sur le contrat d'assurance terrestre?

Cette question doit bien entendu être examinée au cas par cas, mais, à première vue, l'on ne voit pas en quoi le fait qu'un preneur d'assurance fasse l'objet d'une réorganisation judiciaire soit de nature à intensifier le risque de survenance de l'événement qu'il a pris l'initiative de faire assurer. Une entreprise qui assure ses biens contre l'incendie ou qui décide de couvrir sa responsabilité par un contrat d'assurance n'est en effet pas davantage exposée au risque de survenance d'un sinistre du fait qu'elle connaît des difficultés financières qui la contraignent à demander sa réorganisation judiciaire.

51 L'assurance-crédit. Toute autre est la question de savoir si une société qui bénéficie d'une assurance-crédit peut exiger l'intervention de son assureur au motif qu'un de ses débiteurs fait l'objet d'une procédure de réorganisation.

La réponse à cette question sera fonction de la définition que donne chaque contrat de l'insolvabilité.

Section 2. L'assureur et la procédure de réorganisation par accord amiable

52. Généralités. Une des possibilités offertes au débiteur en réorganisation consiste en la conclusion d'accords amiables avec au minimum deux de ses créanciers¹⁰⁶.

Ainsi, par exemple, le preneur d'assurance qui a introduit une procédure en réorganisation peut, sous la protection du sursis, négocier avec son assureur la conclusion d'un accord. Le contenu de ce dernier est soumis au principe de la liberté contractuelle sous réserve des restrictions de droit commun¹⁰⁷⁻¹⁰⁸.

A la requête du débiteur, l'accord intervenu durant le sursis est ensuite constaté par le tribunal qui met fin au sursis.

A défaut d'accord, la doctrine est d'avis qu'il est encore loisible au débiteur de solliciter du tribunal l'octroi de termes et délais¹⁰⁹. Ainsi, lorsqu'un assureur résiste aux propositions de son preneur d'assurance, ce dernier pourrait encore saisir le tribunal, malgré l'introduction de la procédure de réorganisation, afin qu'il soit statué sur l'octroi de termes et délais.

53. Avantage pour le créancier. Les accords amiables constatés par le tribunal font l'objet d'un régime favorable en cas de faillite subséquente. L'article 43, alinéa 6 de la LCE dispose en effet que «*Les dispositions des articles 17, 2°, et 18 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites ne sont applicables ni à un tel accord ni aux actes accomplis en son exécution*». De tels accords amiables ne pourront être sanctionnés d'inopposabilité en cas de faillite ultérieure.

Ce régime de faveur pèsera certainement dans la balance lors des négociations entre assureur et preneur d'assurance.

Section 3. L'assureur et la procédure de réorganisation par accord collectif

54. Généralités. L'objectif de cette procédure consiste, pour le débiteur, à obtenir l'accord collectif de ses créanciers sur un plan de réorganisation qu'il confectionnera durant le sursis avant de le leur soumettre.

Ce plan comporte des mesures de faveur tels que l'octroi de délais de paiement, d'abattements, de renoncements en capital et intérêts, le bénéfice de règles d'imputation dérogatoires, la conversion des créances en actions et des interdictions de compensation¹¹⁰.

Le débiteur en réorganisation n'est pas tenu de respecter le principe de l'égalité des créanciers vu l'absence de concours. Le traitement différencié de certaines catégories de créanciers doit toutefois être justifié en fonction de l'ampleur et de la nature des créances voire de l'importance stratégique de la différenciation pour la restructuration¹¹¹⁻¹¹².

Les propositions de paiement ne peuvent être inférieures à 15% du montant de la créance pour tous les créanciers¹¹³ tandis que le délai d'exécution du plan ne peut dépasser 5 ans à compter de son homologation¹¹⁴.

Une fois le plan déposé, ce dernier doit faire l'objet d'un vote des créanciers. Le plan est tenu pour approuvé s'il récolte le vote favorable de la majorité des créanciers, représentant par leurs créances non contestées ou provisoirement admises la moitié de

106. Article 43 de la LCE.

107. Contrariété à l'ordre public, aux bonnes mœurs et aux dispositions impératives (I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 179 qui renvoie à la p. 96).

108. Généralement, l'accord portera sur l'échelonnement de tout ou partie du passif du débiteur. Les primes échues feront, par exemple, l'objet de termes et délais.

109. I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 181.

110. M. GRÉGOIRE, «L'entreprise en voie de restructuration et ses créanciers: à la recherche de nouveaux équilibres?», in X., *L'entreprise en difficulté*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 58.

111. M. GRÉGOIRE, «L'entreprise en voie de restructuration et ses créanciers: à la recherche de nouveaux équilibres?», in X., *L'entreprise en difficulté*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 58. Voy. article 49 de la LCE.

112. Le plan ne peut être contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

113. Article 49/1 de la LCE.

114. Article 52 de la LCE.

toutes les sommes dues en principal¹¹⁵. Conformément à l'article 54, al. 3, «*les créanciers qui n'ont pas participé au vote et les créances qu'ils détiennent ne sont pas pris en compte pour le calcul des majorités*».

Le tribunal homologue enfin le plan à moins d'une violation de l'ordre public ou d'une disposition de la LCE: le plan devient contraignant pour tous les créanciers sursitaires peu importe qu'ils n'aient pas pris part au vote ou qu'ils aient voté contre.

55. L'assureur: un créancier sursitaire extraordinaire. L'assureur de choses bénéficie d'un privilège sur la chose assurée institué par l'article 60 de la loi du 25 juin 1992 en garantie du paiement de deux annuités de primes¹¹⁶(voy. *supra* Partie 1). Ce privilège est considéré comme un privilège spécial sur meubles et immeubles¹¹⁷. L'assureur est donc considéré comme un créancier sursitaire extraordinaire au sens de l'article 2, h de la LCE.

Cette qualité lui confère un traitement de faveur dans le cadre du plan de réorganisation. Il bénéficie, sur la base de l'article 50 de la LCE, d'un régime particulièrement favorable qui se décline en deux volets. D'une part, les intérêts légaux ou conventionnels dus sur leurs créances doivent être payés. D'autre part, le sursis maximum qui peut leur être imposé s'étend à 24 mois «Les créanciers sursitaires extraordinaires ne peuvent souffrir d'aucune mesure affectant leurs droits ou l'encaissement des intérêts à échoir, la totalité de la dette étant sauve pour ces derniers»¹¹⁸.

Section 4. L'assureur et la procédure de réorganisation par transfert sous autorité de justice

56. Généralités. Le transfert sous autorité de justice de tout ou partie de l'entreprise ou de tout ou partie de ses activités est réglé par les articles 59 à 70 de la L.C.E.

En réalité, soit le débiteur consent au transfert qui est ensuite ordonné par le tribunal, soit le débiteur ne marque pas son accord et le transfert est ordonné sur citation du Procureur du Roi, d'un créancier ou de toute personne ayant intérêt à acquérir l'entreprise. L'article 59, § 2 circonscrit les situations dans lesquelles le transfert peut être ordonné sans le consentement du débiteur¹¹⁹.

Un mandataire est alors désigné afin d'organiser et réaliser le transfert au nom et pour compte du débiteur.

57. Application des règles du concours. Nous avons vu, à titre d'exception, que le transfert sous autorité de justice impliquait l'existence d'un concours¹²⁰. «Les droits des créanciers sont reportés sur le prix (article 66) et la répartition de ce prix doit avoir lieu en tenant compte des droits respectifs en cause»¹²¹. Les règles du paiement volontaire et de la poursuite intégrale des modalités des contrats en cours sont de surcroît inapplicables¹²².

A l'inverse, lorsque le transfert est prévu sur une base volontaire et non sous autorité de justice, les règles du concours ne trouvent pas à s'appliquer tandis que la cession n'a aucun effet de purge sur les éléments d'actifs cédés¹²³.

Rappelons également que le concours ne s'étend pas aux actifs qui ne font pas l'objet de la cession¹²⁴.

58. L'assureur: un créancier avantagé? L'assureur de choses peut se prévaloir, en cas transfert sous autorité de justice, de sa qualité de créancier privilégié spécial sur meubles et immeubles.

Pour autant que la cession porte sur des éléments qui constituent l'assiette de son privilège¹²⁵, l'assureur pourra invoquer le bénéfice des règles du concours et, plus particulièrement, l'existence d'une cause légitime de préférence.

115. Article 54 de la LCE.

116. F. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 195-196.

117. F. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 195-196.

118. M. SIMONIS, «Réorganisation judiciaire et protection des créances fiscales: conciliation impossible?», in X., *La loi relative à la continuité des entreprises*, Les Dossiers du Journal des tribunaux n° 88, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 77.

119. «1° lorsque le débiteur est en état de faillite sans avoir demandé l'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire;

2° lorsque le tribunal rejette la demande d'ouverture de la procédure par application de l'article 23, en ordonne la fin anticipée par application de l'article 41 ou révoque le plan de réorganisation par application de l'article 58;

3° lorsque les créanciers n'approuvent pas le plan de réorganisation en application de l'article 54;

4° lorsque le tribunal refuse l'homologation du plan de réorganisation en application de l'article 55».

120. Voy. *supra* n°5.

121. P. VAN OMMESLAGHE, «La loi sur la continuité des entreprises: opposabilité des conventions aux créanciers», in M. DAL, A. ZENNER (coord.), *Actualité de la continuité, continuité de l'actualité. Etats généraux de la continuité*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 147; M. GRÉGOIRE, «L'entreprise en voie de restructuration et ses créanciers: à la recherche de nouveaux équilibres?», in X., *L'entreprise en difficulté*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 61.

122. M. GRÉGOIRE, «L'entreprise en voie de restructuration et ses créanciers: à la recherche de nouveaux équilibres?», in X., *L'entreprise en difficulté*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 55.

123. P. VAN OMMESLAGHE, «La loi sur la continuité des entreprises: opposabilité des conventions aux créanciers», in M. DAL, A. ZENNER (coord.), *Actualité de la continuité, continuité de l'actualité. Etats généraux de la continuité*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 147.

124. P. VAN OMMESLAGHE, «La loi sur la continuité des entreprises: opposabilité des conventions aux créanciers», in M. DAL, A. ZENNER (coord.), *Actualité de la continuité, continuité de l'actualité. Etats généraux de la continuité*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 147; M. GRÉGOIRE, «L'entreprise en voie de restructuration et ses créanciers: à la recherche de nouveaux équilibres?», in X., *L'entreprise en difficulté*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 61.

125. L'assiette du privilège de l'assureur est la chose assurée.

La cession des biens assurés par le biais d'un transfert sous autorité de justice est dès lors à privilégier pour l'assureur¹²⁶. Elle lui réserve en effet une place de choix.

59. Transmission du contrat d'assurance? Lors d'une cession d'entreprise, se pose la question de la transmission des contrats en cours tels que, par exemple, les contrats d'assurance.

A défaut d'un régime organisant la cession de dettes en droit belge, le transfert d'une position contractuelle nécessite des accords particuliers entre cédant, cessionnaire et cocontractant du cédant¹²⁷.

60. Décharge du débiteur personne physique. De manière analogue au mécanisme de l'excusabilité ayant cours en matière de faillite, la LCE a instauré une procédure de décharge pour le débiteur en réorganisation. L'article 70, al. 1^{er} de la loi institue la possibilité pour la personne physique dont l'entreprise a été transférée dans sa totalité d'être déchargée des dettes existantes au moment du jugement ordonnant ce transfert, si cette personne est malheureuse et de bonne foi.

Les conditions requises sont similaires à celles applicables au failli. Le caractère quasi automatique de l'excusabilité ne se retrouve cependant pas dans la procédure de décharge¹²⁸.

Section 5. L'assureur et la fin anticipée de la procédure

61. Hypothèses de fin anticipée. La procédure n'aboutit malheureusement pas toujours à son terme. Ainsi, il existe de nombreuses situations qui entraînent la fin anticipée de la procédure. On pense, par exemple, à la renonciation partielle ou totale à la procédure d'un débiteur incapable d'honorer ses engagements (article 40 de la LCE), au débiteur qui n'est manifestement plus en mesure d'assurer la continuité de son entreprise ou dont l'information transmise est incomplète ou inexacte (article 41 de la LCE), au débiteur dont le plan n'est pas voté ou n'est pas homologué (articles 54-55 de la LCE) ainsi qu'au débiteur dont le plan est révoqué (article 58 de la LCE).

62. Extinction des effets du sursis. La fin anticipée de la procédure aboutit à l'extinction des effets du sursis. Les créanciers retrouvent l'exercice intégral de leurs

droits et actions. Le débiteur se trouve également à la merci d'une éventuelle faillite.

63. Quid en cas de faillite subséquente? Qualification de dettes de la masse. L'article 37 de la LCE prévoit que les créances qui «*se rapportent à des prestations effectuées à l'égard du débiteur pendant la procédure de réorganisation judiciaire, qu'elles soient issues d'engagements nouveaux du débiteur ou de contrats en cours au moment de l'ouverture de la procédure, (...) sont considérées comme des dettes de masse dans une faillite ou liquidation subséquente survenue au cours de la période de réorganisation ou à l'expiration de celle-ci, dans la mesure où il y a un lien étroit entre la fin de la procédure de réorganisation et cette procédure collective*».

La qualification juridique de dettes de la masse en cas de faillite ultérieure constitue, au sein de la loi du 31 janvier 2009, une «fiction»¹²⁹. Cette «faveur exorbitante au profit des créanciers»¹³⁰ est instituée en vue de promouvoir les relations commerciales avec le débiteur en difficulté. Elle s'interprète, selon Y. Godfroid, de manière restrictive¹³¹.

Section 6. L'étendue de la garantie dans le temps

64. Caractère limité de la couverture. Dès lors que certains agents visés par la LCE sont censés veiller personnellement à la couverture de leur responsabilité civile, il semble enfin utile d'attirer l'attention des praticiens sur le caractère limité dans le temps de la garantie d'assurance de la responsabilité civile.

Sans décrire de manière détaillée le régime institué par la loi sur le contrat d'assurance terrestre¹³², on rappellera en effet qu'un assureur R.C. professionnelle est légalement autorisé à limiter sa couverture aux «*demandes en réparation formulées par écrit à l'encontre de l'assuré ou de l'assureur pendant la durée du contrat pour un dommage survenu pendant cette même durée*» pour autant qu'il consente une garantie de postériorité de 36 mois dans les limites fixées par l'article 78, § 2 de la loi du 25 juin 1992.

65. Extension de la garantie de postériorité. Concrètement, ce mécanisme implique que toute réclamation qui serait introduite par une victime plus de trois ans après la fin du contrat d'assurance ne pourra donner

126. M. GRÉGOIRE, «L'entreprise en voie de restructuration et ses créanciers: à la recherche de nouveaux équilibres?», in X., *L'entreprise en difficulté*, Bruxelles, Larcier, 2012, p.60.

127. J. WINDEY, «La loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises», *J.T.*, 2009, p. 247.

128. W. DAVID, J.P. RENARD, V. RENARD, *La loi relative à la continuité des entreprises: mode d'emploi*, Waterloo, Kluwer, 2009, p. 232.

129. «La dette est née avant le concours provoqué par le jugement déclaratif de faillite» (Y. GODFROID, «Du périmètre de l'article 37 de la loi sur la continuité des entreprises», *J.L.M.B.*, 2013, pp. 310-316).

130. Y. GODFROID, «Du périmètre de l'article 37 de la loi sur la continuité des entreprises», *J.L.M.B.*, 2013, pp. 310-316.

131. Y. GODFROID, «Du périmètre de l'article 37 de la loi sur la continuité des entreprises», *J.L.M.B.*, 2013, pp. 310-316.

132. Pour une présentation de ce régime et des difficultés qui y sont liées, voy. notamment: C. PARIS, «Considérations sur la garantie dans le temps dans l'assurance de la responsabilité», in *La loi sur le contrat d'assurance terrestre. Bilan et perspectives après 20 années d'application*, sous la dir. de B. DUBUISSON et V. CALLEWAERT, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 111-138; M. FONTAINE, *Droit des assurances*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 445-448; J.-L. FAGNART, *Droit privé des assurances terrestres. Principes généraux*, in *Traité pratique de droit commercial*, Bruxelles, 2012, pp. 442-449.

lieu à couverture. Compte tenu des délais de prescription qui assortissent généralement l'action en responsabilité que détient la victime, l'agent visé par la loi relative à la continuité des entreprises a donc tout intérêt soit à solliciter (et payer) une extension de sa garantie de postériorité d'une durée équivalente au délai endéans lequel sa responsabilité est susceptible d'être

valablement mise en cause, soit à maintenir son contrat d'assurance en vigueur pendant une période suffisamment longue pour que, tenant compte de la garantie de postériorité imposée par la loi, il ne se retrouve pas sans couverture en cas de mise en cause de sa responsabilité dans le délai de prescription.