

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La faillite de l'intermédiaire d'assurances

George, Florence

Published in:

Revue générale des assurances et des responsabilités

Publication date:

2014

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

George, F 2014, 'La faillite de l'intermédiaire d'assurances', *Revue générale des assurances et des responsabilités*, pp. 15081.

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.

LA FAILLITE DE L'INTERMÉDIAIRE D'ASSURANCES

par Florence George

Avocate

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

1. Introduction. — Les intermédiaires d'assurances, aussi appelés producteurs d'assurances (1), qu'ils soient agents (2) ou courtiers (3), interviennent dans le secteur de l'assurance, afin de guider le candidat assuré dans le choix de la couverture à souscrire (4). L'intermédiation est définie, à l'article 1^{er}, 1^o, de la loi du 27 mars 1995 (5), comme « toute activité consistant à fournir des conseils sur des contrats d'assurance, à présenter ou à proposer des contrats d'assurance ou à réaliser d'autres travaux préparatoires à leur conclusion ou à les conclure, ou à contribuer à leur gestion et à leur exécution ». L'activité d'intermédiation engendre de nombreuses opérations

financières (paiement des primes, perception des commissions...) qui sont comptabilisées dans un « compte producteur » ou « compte agent » (6).

L'intermédiaire d'assurances n'est pas à l'abri d'une procédure d'insolvabilité. Lors de la survenance d'une faillite, le compte producteur se trouvera au cœur des débats et réclamations. Ainsi, afin d'échapper au concours entre les créanciers, l'assureur invoquera la compensation au sein du compte producteur. Par ailleurs, en cas de mise en gage du portefeuille d'assurances par l'intermédiaire au profit de l'assureur, ce dernier fera valoir sa position de créancier privilégié. Afin d'être désintéressé de manière prioritaire, l'assureur pourra encore se prévaloir, le cas échéant, d'une cession de créances à titre de garantie. Un désintéressement prioritaire n'est toutefois pas acquis en toutes circonstances.

2. Plan. — La faillite de l'intermédiaire d'assurances (7) n'est pas sans incidence sur le contrat souscrit avec l'entreprise d'assurances (8), mais également sur le contrat conclu avec le preneur. Nous limiterons toutefois volontairement notre propos à la relation contractuelle qui unit l'assureur et l'intermédiaire (I).

En marge de la question du sort du contrat, la faillite de l'intermédiaire d'assurances soulève différentes controverses qui relèvent davantage du droit des obligations et du droit des sûretés (II).

(1) Voy. M. Fontaine, *Droit des assurances*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 519, n^o 830.

(2) L'agent est défini à l'article 1^{er}, 7^o, de la loi du 27 mars 1995 comme « l'intermédiaire d'assurances ou de réassurances qui, en raison d'une ou plusieurs conventions ou procurations, au nom et pour le compte d'une seule ou de plusieurs entreprises d'assurances ou de réassurances, exerce des activités d'intermédiation en assurances ou en réassurances ». Voy. sur la distinction entre courtier et agent, R. Vandepuette, *Manuel des assurances et du droit des assurances*, Bruxelles, Bruylant, 1962, pp. 130 et s.; H. Cousy, « Les intermédiaires d'assurance », in X, *Les intermédiaires commerciaux*, Bruxelles, Éditions du Jeune barreau, 1990, pp. 207 et s.; C. Verdure, « Le contrat d'agence commerciale et l'intermédiation en assurances », in X, *Le contrat d'agence commerciale : qualification et clauses particulières*, Bruges, Vanden Broele, 2008, pp. 149-175; M. Fontaine, *Droit des assurances*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 530 et s.; J. André-Dumont, « L'intermédiation en assurances », in X, *Traité pratique de l'assurance*, Kluwer, Waterloo, 2010, pp. I.2.2.-01-I.2.2.-94; C. Verdure, *L'intermédiation et la distribution en assurances*, Limal, Anthemis, 2012, pp. 39 et s.

(3) Le courtier est défini par la loi du 27 mars 1995 en ces termes « l'intermédiaire d'assurances ou de réassurances qui met en relation des preneurs d'assurance et des entreprises d'assurances, ou des entreprises d'assurances et des entreprises de réassurances, sans être lié par le choix de celles-ci ».

(4) M. Fontaine, *Droit des assurances*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 519, n^o 830.

(5) Loi du 27 mars 1995 relative à l'intermédiation en assurances et en réassurances et à la distribution d'assurances, *M.B.*, 14 juin 1995 modifiée par la loi du 22 février 2006 (*M.B.*, 15 mars 2006).

(6) J.-P. Buyle et P. Proesmans, « Le compte producteur de l'intermédiaire d'assurances : nature juridique et compensation », *R.D.C.*, 2013, p. 503.

(7) Voy. sur cette question : M. De Graeve et B. Windey, « Gerechtiglijk akkoord en faillissement - Verzekeringsaspecten », in *Gerechtiglijk Akkoord en Faillissement*, Anvers, Kluwer, IX, 2000, n^{os} 18-41.

(8) Voy. J.-M. Binon, *Le recouvrement par l'assureur des dettes de l'intermédiaire d'assurance à son égard*, Academia-Bruylant, Louvain-la-Neuve, 1991, 144 p.

Il nous sera donc permis de revenir sur la qualification du compte agent et la compensation au sein de ce compte (A) ainsi que sur les mécanismes propres au droit des sûretés tels que la mise en gage du portefeuille d'assurances (B) et la cession de créances (C). La récente réforme relative aux sûretés réelles mobilières sera brièvement évoquée.

I. — LE SORT DES CONTRATS

3. Importance de la qualification du contrat. — Le sort des contrats en cas de faillite est fonction de leur qualification (9). Or les rapports juridiques existant tantôt entre intermédiaire d'assurances (courtier ou agent) et preneur d'assurance, tantôt entre intermédiaire et assureur ne reçoivent pas de qualification unique (10). C'est pourtant cette qualification de la convention qui permettra de déterminer le régime juridique applicable et plus particulièrement le maintien ou la dissolution du contrat. Nous traiterons uniquement, dans le cadre de cette contribution, de la relation contractuelle qui unit l'intermédiaire et la compagnie d'assurances (11).

4. Contrat d'entreprise ou contrat de mandat. — Lorsque l'activité de l'intermédiaire se limite à poser des actes matériels contre rémunération, on parle de contrat d'entreprise (12). À l'inverse, lorsque la mission de l'intermédiaire consiste à poser un ou plusieurs actes juridiques au nom et pour le compte de son cocontractant, on se trouve en présence d'un contrat de mandat (13).

(9) Voy. sur le sort du contrat en cas de faillite, F. George, « Faillite et (in)exécution du contrat : questions choisies », in X, *Chronique de jurisprudence en matière de contrats spéciaux*, C.U.P., vol. 129, Liège, Anthemis, 2011, pp. 232-259.

(10) Voy. P. Van Ommeslaghe, « La faillite du courtier », *Le monde de l'assurance*, 1986, livr. 28, pp. 27-28; N. Schmitz, « Le droit de la responsabilité : le domaine des assurances », in X, *Droit de la responsabilité - Domaines choisis*, C.U.P., vol. 119, Liège, Anthemis, 2010, pp. 301-302; P. Wéry et N. Schmitz, « Le pouvoir de représentation des intermédiaires d'assurances », *R.G.D.C.*, 2012, pp. 57-62.

(11) La présente contribution n'analyse toutefois pas l'impact de l'arrêté royal du 21 février 2014 modifiant la loi du 27 mars 1995 relative à l'intermédiation en assurances et en réassurances et à la distribution d'assurances (*M.B.*, 7 mars 2014).

(12) B. De Coninck, « Cession de créance et compensation légale entre dettes connexes », note sous Cass., 26 juin 2003, *R.C.J.B.*, 2007, p. 577.

La question de la qualification de la relation entre courtier et assureur divise la doctrine. Comme le souligne J. André-Dumont, « Certains prétendent qu'il n'existe pas de lien contractuel entre intermédiaires d'assurances indépendants (= courtiers) et assureur. L'absence de ce lien contractuel découlerait du principe de la liberté du courtier ». Il rétorque toutefois que « Lorsque l'on apporte un produit et que l'on désire obtenir une rémunération en échange, un lien contractuel naît entre l'apporteur et le receveur (Comm. Namur, 26 septembre 1963, *R.G.A.R.*, 1964, n° 7221) (...) En réalité, l'existence d'un lien contractuel entre le courtier et l'assureur ne peut être niée. Les dispositions essentielles de cette convention sont d'ailleurs généralement consignées par écrit. Cela se fait par le contrat d'entremise ou de reconnaissance comme intermédiaire » (14).

Certains auteurs estiment que les courtiers sont engagés envers les compagnies d'assurances dans les liens d'un contrat d'entreprise (15). Les courtiers assument des tâches diverses d'ordre matériel, notamment la mise en relation du preneur et de l'assureur, sans que ne leur soient confiés de véritables pouvoirs de représentation (16). D'autres y voient un contrat *sui generis* (17).

Parallèlement, les hypothèses de mandat, bien que moins fréquentes, subsistent néanmoins (18). Le courtier peut être chargé d'accomplir au nom et pour le

(13) Voy., sur le régime juridique applicable, N. Schmitz, « Le droit de la responsabilité : le domaine des assurances », in X, *Droit de la responsabilité - Domaines choisis*, C.U.P., vol. 119, Liège, Anthemis, 2010, p. 303.

(14) J. André-Dumont, « L'intermédiation en assurances », in X, *Traité pratique de l'assurance*, Kluwer, Waterloo, 2010, p. I.2.2.-29.

(15) Monette, Devillé et André, *Traité des assurances terrestres*, traité II, n^{os} 711 et 713; Lateur et Elebaers, *Manuel théorique et pratique des assurances*, n^o 50, cités par J. André-Dumont, « L'intermédiation en assurances », in X, *Traité pratique de l'assurance*, Kluwer, Waterloo, 2010, p. I.2.2.-30.

(16) H. Cousy, « Les intermédiaires d'assurance », in X, *Les intermédiaires commerciaux*, Bruxelles, éditions du Jeune barreau, 1990, p. 219; C. Verdure, *L'intermédiation et la distribution en assurances*, Limal, Anthemis, 2012, p. 89.

(17) Laloux, *R.G.A.R.*, 1939, n^o 2648 cité par J. André-Dumont, « L'intermédiation en assurances », in X, *Traité pratique de l'assurance*, Kluwer, Waterloo, 2010, p. I.2.2.-32.

(18) M. Fontaine, *Droit des assurances*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 538, n^o 857.

compte de l'assureur un acte juridique. Par exemple, la jurisprudence et la doctrine considèrent que, lorsque l'intermédiaire est investi de la mission de percevoir la prime au nom et pour le compte de l'assureur, voire de recevoir les déclarations de sinistre (19) ou de donner la carte verte pour un véhicule (20), la qualification de mandat doit être retenue (21) (22).

Le statut de l'agent se pose dans les mêmes termes (23) avec la seule nuance que « L'agent sera plus souvent que le courtier mandataire de l'assureur » (24). Si la mission de l'agent embrasse davantage que des actes matériels et comporte, en outre, l'accomplissement d'actes juridiques, la qualification de contrat de mandat devra être retenue « mais uniquement dans le cadre d'opérations bien déterminées et dans des circonstances clairement délimitées » (25).

Par ailleurs, l'agent bénéficie généralement du régime de protection instauré par la loi du 13 avril 1995 (26) (27). Le contrat sous-

crit entre l'assureur et l'intermédiaire est susceptible de tomber sous le prescrit de l'article 1^{er} qui définit le contrat d'agence commerciale (28).

5. Sort du contrat en cas de faillite : principe et exceptions. — Bien que l'article 46 de la loi sur les faillites (29) impose une continuité des relations contractuelles entre le failli et son cocontractant, de nombreuses exceptions sont reconnues en doctrine et en jurisprudence.

Ainsi, une première catégorie d'exceptions regroupe les dissolutions de plein droit du contrat (30). Dans cette catégorie, on trouve les contrats *intuitu personae* et les contrats comportant une condition résolutoire expresse pour le cas de faillite (31).

La deuxième catégorie renvoie aux « facultés de résiliation ou de résolution » (32). On y relève la faculté de résiliation

tant insertion des définitions propres au livre X, dans le livre 1^{er} du Code de droit économique, *M.B.*, 28 avril 2014.

(28) L'article 1^{er} dispose : « Le contrat d'agence commerciale est le contrat par lequel l'une des parties, l'agent commercial, est chargée de façon permanente, et moyennant rémunération, par l'autre partie, le commettant, sans être soumis à l'autorité de ce dernier, de la négociation et éventuellement de la conclusion d'affaires au nom et pour compte du commettant. L'agent commercial organise ses activités comme il l'entend et dispose librement de son temps ». Voy. également, C. Verdure, « Le contrat d'agence commerciale et l'intermédiation en assurances », in X, *Le contrat d'agence commerciale : qualification et clauses particulières*, Bruges, Vanden Broele, 2008, pp. 149-175; P. Demoulin, *Agent commercial - Agent de banque - Agent d'assurance*, Waterloo, Kluwer, 2007 et plus spécialement pp. 145-179.

(29) Loi du 8 août 1997 sur les faillites, *M.B.*, 28 octobre 1997.

(30) Voy. F. George, « Faillite et (in)exécution du contrat : questions choisies », in X, *Chronique de jurisprudence en matière de contrats spéciaux*, C.U.P., vol. 129, Liège, Anthemis, 2011, pp. 197 et s.

(31) La condition résolutoire, qui se distingue du pacte commissaire exprès et de la faculté de résiliation, 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 (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, *Ann. dr. 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).

(32) F. George, « Faillite et (in)exécution du contrat : questions choisies », in X, *Chronique de jurisprudence en matière de contrats spéciaux*, C.U.P., vol. 129, Liège, Anthemis, 2011, pp. 197 et s.

(19) R. Vandeputte, *Manuel des assurances et du droit des assurances*, Bruxelles, Bruylant, 1962, p. 134; P. Wéry et N. Schmitz, « Le pouvoir de représentation des intermédiaires d'assurances », *R.G.D.C.*, 2012, p. 58 avec les références citées en note 11.

(20) C. Verdure, *L'intermédiation et la distribution en assurances*, Limal, Anthemis, 2012, p. 119.

(21) P. Van Ommeslaghe, « La faillite du courtier », *Le monde de l'assurance*, 1986, livr. 28, p. 27; N. Schmitz, « Le droit de la responsabilité : le domaine des assurances », in X, *Droit de la responsabilité - Domaines choisis*, C.U.P., vol. 119, Liège, Anthemis, 2010, pp. 309-310; C. Verdure, « Les "mandats" au sens de l'intermédiation en assurances », *R.D.C.*, 2013, p. 509; Gand, 28 mars 2002, *R.G.A.R.*, 2003, n° 13654.

(22) Par contre, la qualification de mandat ne peut être retenue pour la réception du paiement de l'indemnité ou du capital. Voy. l'article 13, alinéa 3, de la loi du 25 juin 1992 introduit en 2006 et modifié en 2007 et M. Fontaine, *Droit des assurances*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 232, n° 329 et p. 540, n° 859.

(23) Le caractère contractuel de la relation n'est pas contesté par les auteurs.

(24) M. Fontaine, *Droit des assurances*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 540, n° 860.

(25) J.-M. Binon, *Le recouvrement par l'assureur des dettes de l'intermédiaire d'assurance à son égard*, Academia-Bruylant, Louvain-la-Neuve, 1991, p. 15.

(26) Loi du 13 avril 1995 relative au contrat d'agence commerciale, *M.B.*, 2 juin 1995. C'est la loi du 4 mai 1999 qui a étendu aux agents d'assurance indépendants l'application de la loi du 13 avril 1995 sur le contrat d'agence commerciale.

(27) Voy. également la loi du 2 avril 2014 portant insertion du livre X « Contrats d'agence commerciale, contrats de coopération commerciale et concessions de vente » dans le Code de droit économique, et por-

limitée (33) offerte au curateur par l'article 46 de la loi sur les faillites, le pacte commissaire exprès (34) et la clause de résiliation unilatérale (35).

6. Sort du contrat conclu entre la compagnie d'assurances et l'intermédiaire en cas de faillite de ce dernier. — Il est généralement admis que « la relation contractuelle entre l'intermédiaire d'assurances et l'assureur est *intuitu personae* » (36) (37).

(33) 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 son arrêt du 10 avril 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 et 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. U.Lg.*, 2009, p. 222; I. Verougstraete, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 479).

(34) Le pacte commissaire exprès est une clause contractuelle qui vise à « sanctionner, (...) par la résolution, un manquement fautif du débiteur dans l'exécution de ses obligations » (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, *Ann. dr. Liège*, 1988, p. 170).

(35) La clause de résiliation unilatérale appelée aussi clause de dédit offre à une partie la possibilité de rompre le contrat par sa seule volonté et en dehors de toute idée de faute (P. Wéry, « Vue d'ensemble sur les causes d'extinction des contrats », in X, *La fin du contrat*, Liège, C.U.P., 2001, p. 26; P. Wéry, « Les obligations », t. IV, l. 1, *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 964, n^{os} 986-987; P.-A. Foriers et 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).

(36) J.-C. André-Dumont, « L'intermédiation en assurances », in X, *Traité pratique de l'assurance*, Waterloo, Kluwer, 2010, p. I.2.2-45. Le contrat d'agence conclu dans le secteur des assurances est généralement soumis à la loi du 13 avril 1995 relative au contrat d'agence commerciale (C. Verdure, *L'intermédiation et la distribution en assurances*, Limal, Anthemis, 2012, pp. 103 et s.). Voy. sur le caractère *intuitu personae* du contrat d'agence commerciale proprement dit C. Leunen, « Lopende overeenkomsten in het vernieuwde recht van de onderneming in moeilijkheden », *T.P.R.*, 1998, p. 501; P. Demolin, « L'agence commerciale », *G.U.J.E.*, *Traité théorique et pratique*, 2005, livr. 75.1, p. 11; L. du Jardin, « L'*intuitu personae* et la sélection des agents commerciaux », *R.D.C.*, 2008, pp. 918-925.

(37) Il en va, selon plusieurs auteurs, de même dans le cadre des rapports juridiques entre intermédiaire et preneur d'assurance (J.-C. André-Dumont, « L'in-

termédiaire en assurances », in X, *Traité pratique de l'assurance*, Waterloo, Kluwer, 2010, p. I.2.2-45). Le principe, en présence d'un contrat souscrit entre le client et son courtier ne semble pas faire l'objet de discussion (voy. C. Verdure, *L'intermédiation et la distribution en assurances*, Limal, Anthemis, 2012, p. 90 qui cite J.P. Wavre, 24 novembre 1983, *J.J.P.*, 1984, p. 166 et P.-A. Foriers, « Louage d'ouvrage, dépôt, mandat », *J.T.*, 2004, p. 321). On concède toutefois que le caractère *intuitu personae* de la relation entre un candidat assuré et un agent est moins évident en doctrine.

Conformément aux exceptions susmentionnées, en présence de contrats *intuitu personae*, la faillite de l'intermédiaire met fin de plein droit aux relations contractuelles (38).

La solution est d'ailleurs consacrée expressément par la loi en matière de mandat (39), vu le caractère *intuitu personae* de ce dernier (40). En effet, l'article 2003 du Code civil dispose, entre autres, que le mandat finit par la déconfiture (la survenance d'une faillite étant assimilée à un cas de déconfiture (41)) soit du mandant, soit du mandataire (42) (43).

termédiation en assurances », in X, *Traité pratique de l'assurance*, Waterloo, Kluwer, 2010, p. I.2.2-45). Le principe, en présence d'un contrat souscrit entre le client et son courtier ne semble pas faire l'objet de discussion (voy. C. Verdure, *L'intermédiation et la distribution en assurances*, Limal, Anthemis, 2012, p. 90 qui cite J.P. Wavre, 24 novembre 1983, *J.J.P.*, 1984, p. 166 et P.-A. Foriers, « Louage d'ouvrage, dépôt, mandat », *J.T.*, 2004, p. 321). On concède toutefois que le caractère *intuitu personae* de la relation entre un candidat assuré et un agent est moins évident en doctrine.

(38) C. Verdure, *L'intermédiation et la distribution en assurances*, Limal, Anthemis, 2012, p. 98.

(39) La relation entre intermédiaire d'assurances et assureur est, dans certaines hypothèses, qualifiée de mandat (voy. *supra*, n^o 4).

(40) F. George, « Faillite et (in)exécution du contrat : questions choisies », in X, *Chronique de jurisprudence en matière de contrats spéciaux*, C.U.P., vol. 129, Liège, Anthemis, 2011, p. 206. Voy., sur la fin du mandat en cas de faillite de l'intermédiaire, C. Verdure, *L'intermédiation et la distribution en assurances*, Limal, Anthemis, 2012, p. 121.

(41) P. Wéry, *Droit des contrats - Le mandat*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 309, n^o 278; M. Coipel, « Sociétés privées à responsabilité limitée », *Rép. not.*, t. XII, l. 4, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 469, n^o 300. Voy. également la motivation de l'arrêt rendu par la cour d'appel de Gand (Gand, 6 décembre 2001, *D.A. O.R.*, 2002, liv. 64, p. 428).

(42) Il n'est pas inutile de rappeler, à ce propos, que le contrat de mandat n'embrasse pas l'ensemble de la relation contractuelle qui unit l'intermédiaire et l'assureur, mais se limite à certaines opérations bien déterminées (J.-M. Binon, *Le recouvrement par l'assureur des dettes de l'intermédiaire d'assurance à son égard*, Academia-Bruylant, Louvain-la-Neuve, 1991, p. 15).

(43) Pour le surplus, en présence d'un intermédiaire agent d'assurances qui tombe sous le champ de la loi relative au contrat d'agence commerciale, on notera que l'article 19 de cette loi prévoit que chacune des parties peut résilier le contrat pour circonstances exceptionnelles (A. de Theux, *La fin du contrat d'agence commerciale*, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 37 et s.). La faillite fut expressément citée, lors des discussions parlementaires au Sénat, comme circonstances exceptionnelles pouvant donner lieu à « résiliation » (projet de loi relatif au contrat d'agence commerciale, *Doc. parl.*, Sénat, sess. extr., 1991-1992, p. 18).

À défaut de clause contraire, seul le contrat d'entreprise qui ne présenterait pas d'*intuitus personae* pourrait être considéré comme poursuivi. L'hypothèse reste, à notre sens, purement théorique. *In fine*, ce caractère *intuitu personae* du contrat relèvera de l'appréciation souveraine des juges du fond (44) (45).

II. — LA COMPENSATION, LE GAGE ET LA CESSIION DE CRÉANCES

7. Introduction. — En cas de faillite de l'intermédiaire, c'est la règle de l'égalité des créanciers qui doit prévaloir (46). Certaines exceptions et tempéraments permettent néanmoins à des créanciers, notamment l'assureur, de se prévaloir d'une situation préférentielle et d'échapper à la loi du concours. Ce second chapitre est consacré à l'opposabilité de ces exceptions et tempéraments lors de la faillite de l'intermédiaire. Nous reviendrons successivement sur la compensation (A), le contrat de gage (B) et la cession de créances à titre de garantie (C).

(44) 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; C.-A. Leunen, « Lopende overeenkomsten en het vernieuwde recht van de onderneming in moeijlichkeiten », *T.P.R.*, 1998, p. 499.

(45) Traditionnellement, les contrats *intuitu personae* sont définis comme des contrats pour la conclusion desquels la considération de la personne de l'un des cocontractants est toujours déterminante (F. Valleur, *L'intuitus personae dans les contrats*, Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne Edouard Duchemin, 1938, p. 7; P. Van Ommeslaghe, *Droit des obligations*, t. I, *Introduction - Sources des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 134). « La considération de la personne du cocontractant revêt (...) une importance déterminante aux yeux de l'autre partie. C'est en raison de ses qualités, de son habileté, de son honnêteté, de sa compétence, bref, en raison de la confiance que telle personne inspire que l'on décide de traiter avec elle » (P. Wéry, « Les obligations », t. IV, I. I, *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 234).

(46) Voy. sur la règle de l'égalité des créanciers, F. T'Kint, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 51 et s.; M. Grégoire, *Publicité foncière, sûretés réelles et privilèges*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 115 et s. Voy. également sur sa portée et les controverses y relatives, C. Biquet-Mathieu et F. Georges, « Espaces de liberté dans le domaine des sûretés et garanties de paiement », in X, *Les espaces de liberté en droit des affaires*, séminaire organisé à l'occasion du 50^e anniversaire de la Commission droit et vie des affaires, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 31-137.

A. — La compensation (47) en cas de faillite de l'intermédiaire d'assurances

8. Plan et illustration. — On ne compte plus, en jurisprudence, les litiges où la compensation après faillite est invoquée par les plaideurs (48).

On pense, à titre d'exemple, à la compensation invoquée par la compagnie d'assurances « qui cherchera à ne pas verser des commissions réclamées par le curateur et de les compenser avec les créances de primes (49) qu'elle pourrait faire valoir à l'égard de l'intermédiaire failli » (50).

Cette compensation peut se décliner sous trois formes : la compensation légale (51), conventionnelle (52) et judiciaire (53). Seules les deux premières (1-2) retiendront ci-après notre attention. Nous aborderons ensuite l'incidence d'une cession du portefeuille d'assurances sur le mécanisme de la compensation (3).

(47) Voy. sur la compensation, H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, III, Bruxelles, Bruylant, 1967, pp. 613 et s.; J. Roodhooft, « Compensation », in *Obligations - Commentaire pratique*, Malines, Kluwer, suppl. 3, janvier 2002, 18 p.; M. Forges et S. Menschaert, « Compensation », in X, *Obligations - Traité théorique et pratique*, Bruxelles, Kluwer, 2008, V.2.2-1 - V.2.2-22 (22 p.); R. Houben, *Schuldvergelijking*, Anvers, Intersentia, 2010, 595 p.

(48) Comm. Liège, 25 octobre 1983, *J.L.*, 1984, p. 612; Gand, 15 janvier 1988, *R.D.C.*, 1991, p. 1080; Comm. Ypres, 14 décembre 1992, *R.D.C.*, 1994, p. 364, note P. Colle; Liège, 25 novembre 1999, *R.D.C.*, 2000, pp. 140-142, reflet M. De Graeve; Gand, 6 décembre 2001, *D.A. O.R.*, 2002, livr. 64, p. 428; Mons, 2 juin 2003, *R.R.D.*, 2003, pp. 275-281; Cass., 26 juin 2003, *R.C.J.B.*, 2007, pp. 569-577, note B. De Coninck.

(49) Pour autant que les primes soient versées par l'assuré à l'intermédiaire au nom et pour le compte de l'assureur (les primes seront versées par l'intermédiaire sur le compte producteur).

(50) J.-P. Buyle et P. Proesmans, « Le compte producteur de l'intermédiaire d'assurances : nature juridique et compensation », *R.D.C.*, 2013, p. 506.

(51) La compensation légale a lieu de plein droit, par l'effet de la loi, lors de la réunion de conditions cumulatives. Elle 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 exigibles.

(52) La compensation conventionnelle est prévue contractuellement par les parties. Elle n'exige pas la réunion des conditions de liquidité, de fongibilité et d'exigibilité (voire de réciprocité) fixées par la loi.

(53) La compensation judiciaire relève d'une décision du juge.

1. — **Régime de la compensation après concours** (54)

9. Interdiction de principe de la compensation après faillite. — La compensation confère en quelque sorte à chacune des parties « un moyen très énergique d'exécution de sa créance, le refus de paiement de sa propre dette » (55) (56). Cet avantage pratique considérable relève de la fonction de garantie, fondée sur l'équité, de la compensation.

Ce rôle de garantie crée, lors de la survenance d'une faillite, une situation préférentielle (57). En effet, le créancier qui peut se prévaloir de la compensation échappe à la loi du concours avec les autres créanciers (58). C'est pourquoi l'article 1298 du Code civil crée un obstacle à cette compensation dans l'hypothèse d'une saisie-arrêt (59). Cet article dispose : « La compensation n'a pas lieu au préjudice des droits acquis à un tiers. Ainsi celui qui, étant débiteur, est devenu créancier depuis la saisie-arrêt faite par un tiers entre ses mains, ne peut, au préjudice du saisissant, opposer la compensation ». La doctrine et la jurisprudence unanimes étendent l'hypothèse de la saisie-arrêt à toutes les situations de concours, y compris la faillite (60). L'objectif

sous-jacent de cette limitation résulte manifestement du respect de la règle de l'égalité des créanciers (61).

10. Une interdiction parsemée d'exceptions (62). — Les principes qui gouvernent le sort de la compensation après faillite sont devenus, au fil du temps, de plus en plus complexes (63). De nombreuses exceptions ont vu le jour au gré de la jurisprudence et de la volonté du législateur. Un retour sur le régime juridique de la compensation après concours permettra de mieux cerner les enjeux de la faillite de l'intermédiaire d'assurances. Nous distinguerons, d'une part, le sort de la compensation légale, d'autre part, celui de la compensation conventionnelle.

11. La compensation légale après faillite. — La compensation légale (64) est, conformément à l'article 1298 du Code civil, inopposable à la masse des créanciers lorsque les conditions d'exigibilité, de liquidité et de fongibilité sont réunies après la faillite.

La compensation n'est proscrite qu'après la survenance d'une situation de concours. Le jugement déclaratif de faillite ne peut donc

(54) Voy. F. George, « Compensation et insolvabilité - Questions choisies », in X, *Chronique de jurisprudence sur les causes d'extinction des obligations*, C.U.P., vol. 149, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 89-133; F. George, « La compensation en cas d'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire », *J.T.*, 2014, pp. 277 et s.

(55) H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, III, Bruxelles, Bruylant, 1967, p. 617.

(56) « Si l'une d'elles pouvait contraindre l'autre à payer sans que celle-ci puisse, en même temps, recouvrer sa propre créance, cette créance pourrait être compromise si, dans l'intervalle le débiteur qui a payé devient insolvable » (H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, III, Bruxelles, Bruylant, 1967, p. 617).

(57) Voy. P. Van Ommeslaghe, *Traité de droit civil belge (De Page)*, t. 2, *Les obligations*, vol. 3, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 2236 qui parle de droit de préférence.

(58) H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, III, Bruxelles, Bruylant, 1967, p. 617; P. Van Ommeslaghe, *Traité de droit civil belge (De Page)*, t. 2, *Les obligations*, vol. 3, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 2236.

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

(60) M. Forges et S. Menschaert, « Compensation », in X, *Obligations - Traité théorique et pratique*, Bruxelles, Kluwer, 2008, p. V.2.2-11; J. Roodhooft, « Compensation », in *Obligations-commentaire pratique*, Malines, Kluwer, suppl. 3, janvier 2002, p. V.3-16; B. De Coninck, « Compensation légale et réciprocité

entre deux dettes de nature quasi délictuelle : connexité juridique ou coïncidence factuelle? », note sous Comm. Marche-en-Famenne, 8 janvier 2007, *R.G.D.C.*, 2008, p. 518; R. Houben, « Schuldvergelijking », *R.W.*, 2010-2011, p. 1374; 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. 520.

(61) Voy. sur la règle de l'égalité des créanciers, F. T'Kint, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 51 et s.; M. Grégoire, *Publicité foncière, sûretés réelles et privilèges*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 115 et s. Voy. également sur sa portée et les controverses y relatives, C. Biquet-Mathieu et F. Georges, « Espaces de liberté dans le domaine des sûretés et garanties de paiement », in X, *Les espaces de liberté en droit des affaires*, Séminaire organisé à l'occasion du 50^e anniversaire de la Commission droit et vie des affaires, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 31-137.

(62) F. George, « Compensation et insolvabilité - Questions choisies », in X, *Chronique de jurisprudence sur les causes d'extinction des obligations*, C.U.P., vol. 149, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 89-133; F. George, « La compensation en cas d'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire », *J.T.*, 2014, pp. 277 et s.

(63) Voy. à ce sujet F. Georges, « Inconstitutionnalité partielle de la compensation conventionnelle notwithstanding concours », obs. sous C. const. n^o 167/2008, 27 novembre 2008, *J.L.M.B.*, 2009, pp. 821-827; F. Georges, « La compensation, une garantie à géométrie de plus en plus variable », obs. sous Cass., 5 octobre 2012, *J.L.M.B.*, 2013, pp. 978-981.

(64) Voy. les articles 1289 à 1299 du Code civil.

venir compromettre la compensation légale dont les conditions auraient été réunies avant faillite y compris pendant la période suspecte (65).

L'interdiction de compensation fixée à l'article 1298 du Code civil souffre toutefois une exception importante en présence d'un lien de connexité étroite entre les créances à compenser (66). La compensation est aussi admise lorsque les créances réciproques sont comprises dans un compte unique indivisible (67).

12. La compensation conventionnelle après faillite. — Le sort de la compensation conventionnelle dépend de l'application ou non des articles 14 et 15 de la loi sur les sûretés financières du 15 décembre 2004 (68). Une première distinction doit donc être opérée.

D'un côté, la compensation conventionnelle qui n'est pas régie par les articles 14 et 15 de la loi du 15 décembre 2004 ne peut sortir ses effets, une fois le concours survenu, sauf en présence d'un lien de connexité. L'article 17, 2^o, de la loi du 8 août 1997 sur les faillites est d'application et ouvre au curateur la possibilité d'agir en inopposabilité contre les paiements opérés par compensation durant la période suspecte, pour dettes non échues et échues.

De l'autre, conformément aux articles 14 et 15 de la loi, les conventions de *netting* (69) sont opposables aux tiers et peuvent donc sortir leurs effets y compris en cas de faillite si :

— la créance et la dette à compenser existent lors de l'ouverture de la faillite (70)

quels que soient la date de leur exigibilité, leur objet ou la monnaie dans laquelle elles sont libellées et

— la conclusion de ces conventions précède le moment de l'ouverture de la faillite (71).

La protection des articles 14 et 15 est significative. Le lien de connexité n'est pas, dans cette configuration, exigé. En outre, l'action en inopposabilité prévue à l'article 17, 2^o (72), de la loi sur les faillites est paralysée (73). Enfin, l'article 1295 du Code civil est privé d'effets (74). L'exception de compensation peut donc être opposée par le débiteur cédé au cessionnaire si la conclusion de la convention de *netting* est antérieure à la cession (75).

Le champ d'application de ces deux articles de la loi sur les sûretés financières est réglé par le premier d'entre eux : la protection des articles 14 et 15 de la loi est exclue en présence « de conventions de *netting* conclues entre ou avec des personnes physiques non commerçantes » (76).

(71) 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).

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

(73) Voy. article 16, § 3, de la loi du 15 décembre 2004.

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

(75) F. Georges, « La compensation, une garantie à géométrie de plus en plus variable », obs. sous Cass., 5 octobre 2012, *J.L.M.B.*, 2013, p. 979. La condition de bonne foi dans le chef du débiteur exigée à l'article 1691, alinéa 2, du Code civil est toutefois maintenue.

(76) Voy. l'article 14, § 2, de la loi. Cet article a été modifié par la loi du 26 septembre 2011 (article 20 de la loi du 26 septembre 2011 transposant la directive 2009/44/CE du Parlement européen et du Con-

(65) J.-M. Binon, *Le recouvrement par l'assureur des dettes de l'intermédiaire d'assurance à son égard*, Academia-Bruylant, Louvain-la-Neuve, 1991, p. 31.

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

(67) Cass., 28 février 1985, *J.T.*, 1986, p. 578, obs. F. T'Kint; F. T'Kint, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 94.

(68) Loi du 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières et portant des dispositions fiscales diverses en matière de conventions constitutives de sûreté réelle et de prêt portant sur des instruments financiers, *M.B.*, 1^{er} février 2005.

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

(70) Voy. l'article 14 de la loi du 15 décembre 2004. Voy. également Cass., 24 juin 2010, *T.G.R.*, 2010, pp. 265-266, note P. Van Caenegem. Les enseignements de cet arrêt ne se limitent pas à l'hypothèse de la compensation légale du fisc.

2. — Application des principes à la faillite de l'intermédiaire d'assurances

12bis. Un raisonnement par étapes. —

Ces principes rappelés, il convient de les appliquer à la situation de faillite de l'intermédiaire d'assurances. La première étape du raisonnement consiste à déterminer si le contrat conclu avec l'intermédiaire d'assurances comporte une clause de compensation.

a. — Première hypothèse : absence de clause de compensation

À défaut de clause, seule la compensation légale est envisageable. La compensation après concours n'est alors permise qu'entre dettes connexes qui existent lors de l'ouverture de la faillite.

La portée de cette exigence de connexité, comme exception au principe d'interdiction, est, au fil du temps, devenue de plus en plus large (77).

Initialement, la connexité était entendue au sens « objectif » ou « juridique » (78). La compensation était admise « chaque fois qu'existent entre les dettes réciproques une relation tellement étroite, un « lien d'interdépendance » (...) tels qu'il ne serait guère acceptable de faire obstacle à la fonction de garantie qu'elle remplit incontestablement » (79). Les obligations qui trouvaient leur

seil 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) à la suite de l'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle du 27 novembre 2008 (C. const., 27 novembre 2008, *J.T.*, 2009, p. 44, note M. Grégoire, *J.L.M.B.*, 2009, p. 816, note F. Georges, *NjW*, 2008, p. 925, note E. Dirix).

(77) Voy. sur l'élargissement de la notion de connexité, R. Houben, *Schuldvergelijking*, Anvers, Intersentia, 2010, pp. 527-530; F. Georges et C. Musch, « Développements récents en matière de garanties mobilières et de cautionnement », in X, *L'entreprise en difficulté*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 90; F. George, « Compensation et insolvabilité - Questions choisies », in X, *Chronique de jurisprudence sur les causes d'extinction des obligations*, C.U.P., vol. 149, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 89-133; F. George, « La compensation en cas d'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire », *J.T.*, 2014, pp. 277 et s.

(78) M. Van Quickenborne, « Réflexions sur la connexité objective, justifiant la compensation après faillite », note sous Cass., 25 mai 1989, *R.C.J.B.*, 1992, p. 357.

source unique dans un même contrat synallagmatique en constituaient l'exemple par excellence (80). L'existence d'un compte courant autorisait également la compensation (81).

La Cour de cassation, dans son arrêt du 25 mai 1989 (82), est venue étendre le concept de connexité : la compensation est autorisée en présence d'obligations procédant d'une « cause unique » (83) (84).

b. — Deuxième hypothèse : existence d'une clause de compensation

En présence d'une clause de compensation, la question de l'application des articles 14 et 15 de la loi sur les sûretés financières se pose immédiatement. Pour rappel, les conventions de *netting* sont régies par la loi sur les sûretés financières à l'exception de celles qui sont conclues avec des personnes physiques non commerçantes (85).

(79) F. T'Kint, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 93 avec les références citées (Cass., 7 décembre 1961, *Pas.*, 1962, I, p. 440; L. Fredericq, ét. sous Gand, 10 juillet 1947, *R.C.J.B.*, 1948, p. 58).

(80) M. Grégoire, *Publicité foncière, sûretés réelles et privilèges*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 750.

(81) Cass., 28 février 1985, *J.T.*, 1986, p. 578, obs. F. T'Kint; M. Alhadef et J. Siaens, « La faillite », in X, *Guide juridique de l'entreprise - Traité théorique et pratique*, 2004, livre 189.1, p. 73; F. T'Kint, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 94.

(82) Cass., 25 mai 1989, *R.C.J.B.*, 1992, p. 348, note critique de M. Van Quickenborne.

(83) M. Grégoire, *Publicité foncière, sûretés réelles et privilèges*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 752. La cause unique est entendue comme un ensemble de faits, une même chaîne d'événements (voy. A.-M. Stranart, « Les sûretés réelles traditionnelles - Développements récents », in X, *Le droit des sûretés*, Bruxelles, Éd. Jeune barreau, 1992, p. 75; 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. 521).

(84) Une nouvelle érosion du concept peut encore être décelée, plus récemment, dans l'arrêt de la Cour de cassation du 7 avril 2006 (Cass., 7 avril 2006, *J.T.*, 2006, p. 645, note T. Hürner, *J.L.M.B.*, 2006, p. 896, *NjW*, 2006, p. 944, note P. Coussement, *Pas.*, 2006, p. 812; *R.D.C.*, 2006, p. 810, note E. Van Den Haute). La Cour, à l'occasion de cet arrêt, semble opter pour la reconnaissance de la connexité conventionnelle. Cette érosion est déplorée par F. Georges et C. Musch (F. Georges et C. Musch, « Développements récents en matière de garanties mobilières et de cautionnement », in X, *L'entreprise en difficulté*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 90).

(85) Article 20 de la loi du 26 septembre 2011 transposant la directive 2009/44/CE du Parlement euro-

La qualité de commerçant est aujourd'hui généralement reconnue aux intermédiaires d'assurances (86). Le régime applicable est donc fonction de la qualité de commerçant du cocontractant de l'intermédiaire. Par exemple, lorsque c'est la compagnie d'assurances qui postule la compensation, notamment au niveau du compte producteur, les articles 14 et 15 auront vocation à s'appliquer (86bis). L'on se trouve en effet en présence de deux commerçants. Par contre, face au preneur d'assurance, personne physique non commerçante, la solution est tout autre. C'est le régime de droit commun qui aura vocation à s'appliquer. Celui-ci érige en principe l'interdiction de compensation après concours, mais la tempère par une exception de connexité.

13. Importance du lien de connexité et qualification du compte d'agent (87). —

En dehors du champ d'application des articles 14 et 15 de la loi sur les sûretés financières (88), l'existence d'un lien de connexité entre les dettes réciproques ou l'inscription de ces dettes sur un compte unique et indivisible est indispensable à l'opposabilité de la compensation après faillite.

La compagnie d'assurances qui entend se prévaloir de la compensation est forcée soit d'avancer que le « compte producteur » est un compte unique et indivisible (à savoir un compte courant), soit de démontrer l'exis-

péen 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.

(86) La reconnaissance de la qualité de commerçant a initialement fait l'objet de controverses pour l'agent indépendant (voy. J.-M. Binon, *Le recouvrement par l'assureur des dettes de l'intermédiaire d'assurance à son égard*, Academia-Bruylant, Louvain-la-Neuve, 1991, pp. 27-28; M. Fontaine, *Droit des assurances*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 534 et 537; C. Verdure, *L'intermédiation et la distribution en assurances*, Limal, Anthemis, 2012, pp. 29-31).

(86bis) La réunion des conditions d'opposabilité fixées aux articles 14 et 15 doit ensuite être vérifiée.

(87) Voy. J.-M. Binon, *Le recouvrement par l'assureur des dettes de l'intermédiaire d'assurance à son égard*, Academia-Bruylant, Louvain-la-Neuve, 1991, pp. 18-25. Depuis l'entrée en vigueur de la loi sur les sûretés financières, le lien de connexité présente un moindre intérêt. Les articles 14 et 15 prennent généralement le pas sur l'ancien régime en présence de deux commerçants. L'existence d'un lien de connexité n'est pas exigée.

(88) Voy. *supra* n° 12bis, b).

tence d'une connexité entre les dettes à compenser.

La question de la qualification du compte agent s'est dès lors très vite posée. En droit des assurances, deux flux financiers (paiement des commissions et encaissement des primes) coexistent et transitent sur un même compte ouvert par l'intermédiaire appelé « compte producteur » ou « compte agent » (89). « Le mécanisme qui le sous-tend est celui la compensation » (90). D'aucuns avançaient dès lors que le compte agent répondait à la notion de compte courant, ce qui présentait un intérêt non négligeable pour l'assureur qui sollicitait la compensation. Toutefois, la position selon laquelle le compte agent constitue un compte courant, bien qu'elle ait été défendue, ne résiste pas à l'examen (91) (92).

(89) C. Verdure, *L'intermédiation et la distribution en assurances*, Limal, Anthemis, 2012, p. 145.

(90) J.-P. Buyle et P. Proesmans, « Le compte producteur de l'intermédiaire d'assurances : nature juridique et compensation », *R.D.C.*, 2013, p. 506.

(91) Voy. J.-M. Binon, *Le recouvrement par l'assureur des dettes de l'intermédiaire d'assurance à son égard*, Academia-Bruylant, Louvain-la-Neuve, 1991, pp. 33-34; P. Van Ommeslaghe, « La faillite du courtier », *Le monde de l'assurance*, 1986, livr. 28, pp. 27-28; M. De Graeve et B. Windey, « Gerechtelijk akkoord en faillissement - Verzekeringsaspecten », in *Gerechtelijk Akkoord en Faillissement*, Anvers, Kluwer, IX, 2000, n° 34; C. Verdure, *L'intermédiation et la distribution en assurances*, Limal, Anthemis, 2012, p. 146; J.-P. Buyle et P. Proesmans, « Le compte producteur de l'intermédiaire d'assurances : nature juridique et compensation », *R.D.C.*, 2013, pp. 503-507. Voy. également, Liège, 25 novembre 1999, *R.D.C.*, 2000, pp. 140-142, reflète M. De Graeve avec les références citées; Gand, 6 décembre 2001, *D.A. O.R.*, 2002, livr. 64, p. 428.

(92) J.-P. Buyle et P. Proesmans reviennent sur les objections à la qualification de compte courant en ces termes : « Une première objection provient de l'absence des caractères certains et exigibles des créances inscrites dans le compte producteur (...) Une deuxième objection est relative à l'absence de volonté manifeste des parties de procéder à la novation et dès lors, d'intention d'établir un vrai compte courant (...) Une troisième objection concerne les arrêts périodiques du compte producteur surtout lorsqu'ils prévoient que le solde qui se dégagerait à ce moment devient exigible, ce qui est contraire au principe d'indivisibilité du compte courant susmentionné (...) Une quatrième objection provient du fait qu'en principe les articles du compte courant portent tous intérêt de plein droit et au même taux. Dans les comptes producteurs, il n'est pas d'usage que les débits et crédits produisent des intérêts (...) Enfin, une cinquième objection provient du fait que, contrairement au compte courant, la généralité des créances résultant des relations d'affaires normales entre les parties n'entre pas en compte, ce qui est contraire au principe de généralité ou d'affectation générale » (J.-P. Buyle et P. Proesmans, « Le compte produc-

La compensation après faillite reste donc tributaire de la démonstration d'un lien de connexité (93). L'appréciation du lien de connexité est fonction de chaque cas d'espèce (94) (95). En droit des assurances, les critères invoqués par C. Verdure (96) à savoir « le jumelage des liens contractuels », « la proportion des commissions en fonction des primes », « le caractère général de la pratique et de la commune perception des choses par les deux parties » jouent un rôle significatif en faveur de la reconnaissance d'une connexité. Il n'en demeure pas moins que le lien de connexité est parfois dénié par les juridictions de fond. Un des cas de figure où la compensation reste exclue est « le prêt consenti par un assureur à un intermédiaire, en contrepartie d'une certaine fidélisation, et le contrat liant l'assureur et l'intermédiaire » (97).

3. — *Compensation et cession du portefeuille d'assurances*

14. La cession du portefeuille d'assurances : enjeux. — La cession du portefeuille d'assurances ou plus rigoureusement (98) des créances de commissions a fait émer-

teur de l'intermédiaire d'assurances : nature juridique et compensation », *R.D.C.*, 2013, p. 505).

(93) J.-P. Buyle et P. Proesmans, « Le compte producteur de l'intermédiaire d'assurances : nature juridique et compensation », *R.D.C.*, 2013, pp. 506-507.

(94) Voy. sur la jurisprudence en matière d'intermédiaire d'assurances et de connexité : P. Coppens et F. T'Kint, « Les faillites, les concordats et les privilèges - Examen de jurisprudence (1984-1990) », *R.C.J.B.*, 1991, pp. 512-514; P. Coppens et F. T'Kint, « Les faillites, les concordats et les privilèges - Examen de jurisprudence (1991-1996) », *R.C.J.B.*, 1997, pp. 371-373; P. Coppens et F. T'Kint, « Les faillites, les concordats et les privilèges - Examen de jurisprudence (1997-2003) », *R.C.J.B.*, 2004, pp. 658-660.

(95) Voy. pour des décisions où la compensation a été retenue, Comm. Ostende, 13 mai 1965, *R.G.A.R.*, 1967, p. 7848; Comm. Hasselt, 3 septembre 1981, *Jur. Comm. Belg.*, 1982, p. 467; Anvers, 17 mai 1984, *Bull. ass.*, 1985, p. 471; Liège, 24 avril 2001, *R.G.D.C.*, 2002, livr. 6, p. 402; Gand, 6 décembre 2001, *D.A. O.R.*, 2002, pp. 428 et s. Voy. pour des décisions où la compensation a été refusée, Comm. Liège, 25 octobre 1983, *J.L.*, 1984, p. 612; Liège, 8 mai 1985, *J.L.*, 1985, p. 418; Comm. Audenarde, 13 décembre 1984, *R.W.*, 1984-1985, col. 2836; Liège, 25 novembre 1999, *J.L.M.B.*, 1999, p. 1775; Mons, 2 juin 2003, *R.R.D.*, 2003, p. 275.

(96) C. Verdure, *L'intermédiation et la distribution en assurances*, Limal, Anthemis, 2012, p. 149.

(97) *Ibidem*, p. 150; Mons, 2 juin 2003, *R.R.D.*, 2003, p. 275.

(98) Voy. sur l'utilisation de la notion de portefeuille d'assurances *infra* n° 18.

ger de nouvelles questions en cas de faillite de l'intermédiaire (99). Les possibilités de compensation subsistent-elles lorsque le portefeuille a été cédé? La cession du portefeuille peut-elle venir « limiter les possibilités de compensation après faillite de l'intermédiaire entre les primes et les commissions, situées sur le compte producteur » (100)?

15. Les clauses d'agrément dans le contrat d'agence. — À titre liminaire, il n'est pas inutile de rappeler que « les usages subordonnent la cession du portefeuille d'un agent d'assurances à l'agrément du cessionnaire par la compagnie » (101). Une clause contractuelle est souvent prévue en ce sens et qualifiée de condition suspensive de la convention de cession (102). Partant, il est vraisemblable que l'assureur qui a connaissance du risque d'insolvabilité de son intermédiaire (et *a fortiori* de la faillite) refuse son agrément et fasse obstacle à cette cession. C. Verdure précise toutefois que le « droit de veto de l'assureur doit être exercé avec bonne foi. L'assureur manquerait à son obligation de bonne foi si le refus d'octroyer l'agrément au vendeur ou au cessionnaire n'avait d'autre but que de vouloir poursuivre la compensation des créances » (103).

Il a par ailleurs été décidé, dans l'hypothèse d'une cession du portefeuille par le curateur de la faillite, que les clauses qui permettent à une compagnie d'assurances de s'opposer au transfert d'un portefeuille d'assurances appartenant à un intermédiaire aussi

(99) Voy. sur la cession du portefeuille : P. Van Omneslaghe, « La faillite du courtier », *Le monde de l'assurance*, 1986, livr. 28, pp. 27-28; M. De Graeve et B. Windey, « Gerechtigelijk akkoord en faillissement. Verzekeringsaspecten », in *Gerechtigelijk Akkoord en Faillissement*, Anvers, Kluwer, IX, 2000, n° 38.

(100) C. Verdure, *L'intermédiation et la distribution en assurances*, Limal, Anthemis, 2012, p. 155.

(101) J.-L. Fagnart, « Examen de jurisprudence (1981 à 1990) - Les assurances terrestres », *R.C.J.B.*, 1992, pp. 142-143.

(102) *Ibidem*, p. 142.

(103) C. Verdure, *L'intermédiation et la distribution en assurances*, Limal, Anthemis, 2012, p. 153. La cour d'appel de Liège, dans son arrêt du 25 novembre 1999, décide que le refus de la compagnie de reconnaître la cession, par le curateur, du portefeuille d'assurances constitue un abus de droit (Liège, 25 novembre 1999, *R.D.C.*, 2000, pp. 40-42, refl. M. De Graeve). Voy. également H. Cousy, « Les intermédiaires d'assurance », in X, *Les intermédiaires commerciaux*, Bruxelles, éditions du Jeune barreau, 1990, p. 237 (avec les références citées) et Comm. Liège, 25 octobre 1983, *J.L.*, 1984, p. 612.

longtemps que la dette de cet intermédiaire à l'égard de la compagnie n'est pas soldée, ne sont pas opposables à la masse (104).

16. Condition d'opposabilité de la cession. — L'opposabilité de la cession à l'assureur, débiteur cédé, est subordonnée à la notification de cette cession à ce dernier (105).

En outre, si la cession du portefeuille intervient en période suspecte (106), le curateur peut décider d'introduire une action en inopposabilité sur la base des articles 17 et suivants de la loi du 8 août 1997 (107).

Enfin, la cession du portefeuille d'assurances réalisée en fraude des droits des créanciers peut encore être attaquée par le curateur sur la base de l'article 20 de la loi sur les faillites. Cet article rend inopposables les actes faits en fraude des droits des créanciers quelle que soit la date à laquelle ils ont eu lieu.

17. Incidence de la cession sur la compensation. — L'incidence de la cession du portefeuille sur la compensation est régie différemment selon qu'il y a ou non cession globale du portefeuille.

Si la cession porte sur l'ensemble du portefeuille y compris les dettes de primes, la compensation pourra jouer entre l'assureur et le cessionnaire, sous réserve du respect des conditions légales (108).

Si la cession ne porte que sur les créances de commissions, le régime est fonction de l'application ou non de l'article 1295 du Code civil.

Cet article dispose que « Lorsque la cession a été notifiée au débiteur ou qu'elle a été reconnue par le débiteur, celui-ci ne peut plus invoquer la compensation des créances qui se réalise postérieurement ». La compensation entre les créances réciproques du cédant et du débiteur cédé n'est alors admise que « jusqu'au jour où les commissions sont acquises au cessionnaire du portefeuille » (109). Néanmoins, l'article 1295 du Code civil est inopérant en présence de clauses de compensation qui tombent sous le champ d'application des articles 14 et 15 de la loi sur les sûretés financières (110). La doctrine majoritaire admet en effet que l'article 1295 du Code civil est privé d'effets lors de compensations conventionnelles qui relèvent de cette loi (111). Cet enseignement a récemment été confirmé par la Cour de cassation dans son arrêt du 5 octobre 2012 (112). La cession des créances de commissions ne viendra

(104) C. Verdure, *L'intermédiation et la distribution en assurances*, Limal, Anthemis, 2012, p. 154 qui cite Liège, 24 avril 2001, *R.G.D.C.*, 2002, p. 402; Comm. Bruxelles, 16^e ch., 25 août 2008, *R.G.* n^o 12.052/2001, inédit. Voy. sur le rejet du pourvoi introduit à l'encontre de l'arrêt précité de la cour d'appel de Liège du 24 avril 2001, Cass., 26 juin 2003, *R.C.J.B.*, 2007, pp. 569-577, note B. De Coninck. Sur l'acte d'avance sur commissions et son (in)opposabilité, voy. Comm. Ypres, 14 décembre 1992, *R.D.C.*, 1994, p. 369, note P. Colle; P. Colle, « De toestand van de kredietverstrekkende verzekeringsmaatschappij bij faillietverklaring van een verzekeringsmakelaar die zijn handelszaak voordien in pand had gegeven », *R.D.C.*, 1994, pp. 369-375.

(105) C. Verdure, *L'intermédiation et la distribution en assurances*, Limal, Anthemis, 2012, p. 155.

(106) Il s'agit de la période qui « prend cours à l'époque de la cessation de paiements et qui se termine au moment de la constatation judiciaire de cet état » (F. T'Kint et W. Derijcke, *La faillite*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 255, n^o 291).

(107) Le régime des actes inopposables à la masse des créanciers en cas de faillite est instauré aux articles 17 à 21 de la loi sur les faillites. Le système distingue les inopposabilités de droit et les inopposabilités facultatives selon que le curateur doit prouver ou non le préjudice porté à la masse des créanciers (F. T'Kint et W. Derijcke, *La faillite*, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 33-48). Dans les deux cas, c'est au curateur qu'il appartient de décider s'il soulève, le cas échéant, l'inopposabilité (I. Verougstraete, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 440).

(108) J.-M. Binon, *Le recouvrement par l'assureur des dettes de l'intermédiaire d'assurance à son égard*, Academia-Bruylant, Louvain-la-Neuve, 1991, p. 37.

(109) C. Verdure, *L'intermédiation et la distribution en assurances*, Limal, Anthemis, 2012, p. 155 qui cite Comm. Bruxelles, 16^e ch., 25 août 2008, *R.G.* n^o 12.052/2001, inédit.

(110) Par exemple, en présence d'une clause de compensation conclue, avant la survenance de la faillite, entre l'intermédiaire d'assurances et l'assureur (à savoir deux commerçants) et pour autant que la créance et la dette à compenser existent lors de la survenance de la faillite.

(111) B. De Coninck, « Cession de créance et compensation légale entre dettes connexes », note sous Cass., 26 juin 2003, *R.C.J.B.*, 2007, p. 607; M. Grégoire et V. De Francquen, « La loi sur les sûretés financières et la compensation », in X, *Sûretés et procédures collectives*, C.U.P., vol. 100, Liège, Anthemis, 2008, pp. 12-13 avec les références citées.

(112) Cass., 5 octobre 2012, *J.L.M.B.*, 2013, pp. 976-978. Voy. F. Georges, « La compensation, une garantie à géométrie de plus en plus variable », obs. sous Cass., 5 octobre 2012, *J.L.M.B.*, pp. 978-981. Voy. sur les principes antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi sur les sûretés financières, Liège, 25 novembre 1999, *R.D.C.*, 2000, pp. 140-142, reflet M. De Graeve.

pas obérer la possibilité d'une compensation conventionnelle entre l'assureur et l'intermédiaire failli si, d'un côté, la créance et la dette à compenser existaient (113) lors de l'ouverture de la faillite et, de l'autre, la convention de *netting* a été conclue avant faillite (114). L'exception de compensation peut donc être opposée par le débiteur cédé au cessionnaire si la conclusion de la convention de *netting* régie par la loi du 15 décembre 2004 est antérieure à la cession (115).

B. — La mise en gage du portefeuille d'assurances

18. Qualification du gage. — L'intermédiaire d'assurances peut être tenté de mettre en gage son portefeuille d'assurances, voire ses créances de commissions. On pourrait qualifier respectivement ces mises en gage de gage sur fonds de commerce (116) et de gage sur créances (117). J.-M.

(113) Selon C. Alter, « La créance "existante" peut être utilement définie par opposition à la créance "future" (...). Ne sont en revanche pas des créances futures — mais bien des créances existantes — celles qui sont assorties d'un terme, d'une condition suspensive ou résolutoire ou même d'un aléa » (« La loi relative aux sûretés financières », in X, *Traité pratique de droit commercial*, t. 5, *Droit bancaire et financier*, p. 642). Il y aura lieu de déterminer, dans chaque cas d'espèce, si les créances de commissions à compenser avec le solde débiteur existaient bien avant la faillite. Les commissions à échoir en vertu d'un contrat déjà conclu semblent pouvoir être considérées comme des créances existantes (voy. par analogie, C. Alter qui reprend l'exemple des loyers dus en vertu d'un contrat de bail déjà conclu [« La loi relative aux sûretés financières », in X, *Traité pratique de droit commercial*, t. 5, *Droit bancaire et financier*, Waterloo, Kluwer, 2007, p. 642 qui se base sur l'étude de J. Heenen, « La cession de créances futures », note sous Cass., 9 avril 1959, *R.C.J.B.*, 1961, pp. 35 et s.]). Par contre, les créances de commissions futures semblent échapper à l'application des articles 14 et 15. L'article 1295 du Code civil trouvera à s'appliquer.

(114) Conditions fixées aux articles 14 et 15 de la loi sur les sûretés financières (*supra* n° 12). Voy. également, M. Grégoire, obs. sous C. const. 27 novembre 2008, *J.T.*, 2009, p. 46.

(115) F. Georges, « La compensation, une garantie à géométrie de plus en plus variable », obs. sous Cass., 5 octobre 2012, *J.L.M.B.*, 2013, p. 979. La condition de bonne foi dans le chef du débiteur exigée à l'article 1691, alinéa 2, du Code civil est toutefois maintenue.

(116) J.-M. Binon, *Le recouvrement par l'assureur des dettes de l'intermédiaire d'assurance à son égard*, Academia-Bruylant, Louvain-la-Neuve, 1991, pp. 76-95. L'auteur souligne l'extrême fragilité et le caractère tout à fait aléatoire de cette garantie.

(117) *Ibidem*, pp. 95-114.

Binon indique fort justement qu'« il est couramment accepté que, dans l'intention des parties, il faut entendre par mise en gage du portefeuille, la mise en gage des (seules) créances de commissions » (118).

C'est donc généralement le régime de la mise en gage ordinaire de créances qui s'appliquera (1). Si l'intermédiaire commerçant consent un gage pour sûreté d'un emprunt relatif à son activité professionnelle, le gage est commercial. À l'inverse, le gage est qualifié de civil lorsque l'obligation principale garantie est relative à sa vie privée (119).

Bien que moins fréquente en pratique, nous analyserons également l'hypothèse de la conclusion d'un gage sur fonds de commerce (2).

1. — Gage sur créances ordinaire

19. Le gage sur créances et la faillite de l'intermédiaire. — La survenance d'une faillite n'est pas sans conséquences sur le contrat de gage sur créances. Il convient, à cet égard, de distinguer plusieurs périodes.

Le gage consenti avant la période suspecte ne peut être remis en cause que sur la base de l'article 20 de la loi du 8 août 1997 (120).

Si le gage est constitué durant la période suspecte par l'intermédiaire, il est susceptible d'être déclaré inopposable conformément aux articles 17 et suivants de la loi sur les faillites (121). Plus spécifiquement, l'article 17 dispose que : « Sont inopposables à la masse, lorsqu'ils ont été faits par le débiteur depuis l'époque déterminée par le tribunal comme étant celle de la cessation de ses paiements : (...) 3^o toutes hypothèques conventionnelles et tous droits d'antichrèse ou de gage constitués sur les biens

(118) *Ibidem*, p. 95.

(119) C'est la nature de la dette qui détermine le caractère civil ou commercial du gage (F. T'Kint, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 128).

(120) Pour rappel, cet article rend inopposables les actes faits en fraude des droits des créanciers quelle que soit la date à laquelle ils ont eu lieu.

(121) La convention de mise en gage des créances de commissions ne tombe pas sous le champ de la loi du 15 décembre 2004 dans la mesure où le gage ne porte pas sur des créances bancaires au sens de l'article 3, 10^o, de ladite loi ou sur des instruments financiers au sens de l'article 3, 1^o. L'article 15 de la loi du 15 décembre 2004 qui prive d'effets l'article 17, 3^o, de la loi sur les faillites ne trouve donc pas à s'appliquer.

du débiteur pour dettes antérieurement contractées ».

Après le jugement déclaratif de faillite, toute mise en gage par le débiteur failli lui-même est proscrite vu son dessaisissement (122). Quant au curateur, on ne l'imagine guère consentir un gage dans le cadre de sa mission.

20. Créance privilégiée et conflits de rang. — Une fois la faillite prononcée, le créancier gagiste doit déposer sa déclaration de créance en mentionnant l'existence de son privilège. « Dans la mesure où l'exécution du gage s'avérerait insuffisante pour le désintéresser complètement, cette déclaration de créance lui assurera le maintien de sa qualité de créancier chirographaire pour le surplus » (123).

Le rang du créancier gagiste est déterminé par les règles de conflits reprises notamment aux articles 23 et 25 de la loi hypothécaire. L'éventuel conflit entre le gagiste sur fonds de commerce et le gagiste ordinaire se règle par le principe d'antériorité (124). « Les dates à prendre en considération sont celles de leur opposabilité aux tiers : l'inscription pour le gage sur fonds de commerce, la dépossession du débiteur ou la conclusion du contrat (...) pour le gage » (125).

21. L'exécution du gage. — Le non-paiement de la dette ouvre le droit à l'exécution du gage. En cas de faillite de son intermédiaire, l'assureur, créancier gagiste impayé, poursuivra l'exécution de sa sûreté. Les principes en matière de gage commercial (126) sont les suivants. L'objet mis en gage

fait partie de la masse (127). « Le droit du créancier gagiste est suspendu jusqu'à la clôture du premier procès-verbal de vérification de créances. (...) Dès la clôture, par contre, le créancier gagiste peut procéder à la réalisation de son gage moyennant l'autorisation préalable du président du tribunal de commerce, lequel désigne un réalisateur du gage » (128). S'agissant, en matière d'intermédiation, généralement de gage sur créances, les règles particulières relatives à l'exécution du gage sur créances trouveront, le cas échéant, à s'appliquer (129).

22. La réforme des sûretés réelles mobilières (130). — La loi du 11 juillet 2013 a récemment remanié le régime juridique du gage (131). La possibilité de constituer un gage sans dépossession est consacrée par la loi. Le gage devient un contrat consensuel (132). L'entrée en vigueur de la loi est prévue, conformément à l'article 109 de la loi, à une date à fixer par la Roi, mais au plus tard le 1^{er} décembre 2014.

La mise en gage d'un portefeuille d'assurances au sens strict (mise en gage des créances de commissions) sera donc soumise très prochainement au régime décrit ci-après.

Un « régime dual » est dorénavant organisé par le législateur (133). L'on retrouve, d'un côté, le gage de registre et, de l'autre, à titre

d'une obligation principale qui relève de la vie privée de l'intermédiaire reste en effet plus rare.

(127) I. Verougstraete, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 623.

(128) *Ibidem*.

(129) Lorsque le gage porte sur des créances, la procédure de réalisation est sujette à quelques adaptations (voy. F. T'Kint, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 156-157).

(130) Voy. sur cette réforme, W. Derijcke, « La réforme des sûretés réelles mobilières », *R.D.C.*, 2013, pp. 691-722; F. Georges, « La réforme des sûretés mobilières », *R.F.D.L.*, 2013, pp. 319-368; E. Dirix, *La réforme des sûretés réelles mobilières*, Waterloo, Kluwer, 2013, 346 p.

(131) Loi du 11 juillet 2013 modifiant le Code civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières et abrogeant diverses dispositions en cette matière, *M.B.*, 2 août 2013.

(132) Voy. projet de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières et abrogeant diverses dispositions en cette matière, *Doc. parl.*, Ch. repr., session ordinaire 2012-2013, Doc. 53, n° 2463/001, pp. 15, 17, 18, 35; F. Georges, « La réforme des sûretés mobilières », *R.F.D.L.*, 2013, p. 332.

(133) W. Derijcke, « La réforme des sûretés réelles mobilières », *R.D.C.*, 2013, p. 698.

(122) L'article 16 de la loi sur les faillites prévoit qu'à compter du jugement déclaratif le failli est dessaisi de l'administration de ses biens. L'objectif est d'éviter les abus (diminution d'actif, augmentation du passif, faveurs accordées à certains créanciers...) dans le chef du failli (E. De Perre, *Manuel du curateur de la faillite suivi d'un formulaire et des règlements d'honoraires des curateurs en usage dans les tribunaux belges*, Bruxelles, Librairie judiciaire Polydore Péé, 1929, p. 90; F. T'Kint et W. Derijcke, « La faillite », *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 212).

(123) J.-M. Binon, *Le recouvrement par l'assureur des dettes de l'intermédiaire d'assurance à son égard*, Academia-Bruylant, Louvain-la-Neuve, 1991, p. 111.

(124) F. T'Kint, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 180.

(125) *Ibidem*.

(126) Seules les règles relatives au gage commercial seront abordées. La mise en gage pour sûreté

d'alternative, le gage avec dépossession dont fait partie le gage sur créances (133bis). L'opposabilité aux tiers de la première catégorie de gages sera bientôt soumise à la formalité de l'enregistrement dans le registre national des gages (134). L'opposabilité de la seconde s'opère, quant à elle, par la dépossession (135).

Le gage sur créances est régi par des dispositions particulières. Ainsi, il est prévu que « le créancier gagiste est mis en possession d'une créance gagée par la conclusion de la convention de gage, à condition qu'il dispose du pouvoir de notifier le gage au débiteur de la créance gagée. La mise en gage n'est opposable au débiteur de la créance gagée qu'à partir du moment où elle lui a été notifiée ou qu'il l'a reconnue. Les articles 1690, § 1^{er}, alinéa 3 et 4, et 1691 s'appliquent ». La dépossession fictive réalisée par la conclusion du contrat de gage sur créances est ainsi réaffirmée. Elle est toutefois complétée par l'exigence d'un pouvoir de notifier l'engagement de créance (136) (137).

La question de l'exécution de la créance gagée est réglée par le nouvel article 67 inséré dans le titre XVII du livre III du Code civil : « Sauf convention contraire, le créancier gagiste est fondé à exiger, par la voie judiciaire et extrajudiciaire, l'exécution de la créance gagée ». Le régime du gage civil et du gage commercial est unifié.

Une distinction doit toutefois être opérée selon que la « créance garantie » devient exigible avant ou après la « créance assiette ».

1) Si la « créance garantie » arrive à échéance avant la « créance assiette », « le créancier est fondé à exiger, par la voie judiciaire et extrajudiciaire, l'exécution de la créance gagée » (138). Le créancier peut toutefois préférer attendre que la créance

assiette arrive à échéance. À ce moment, lorsque la créance assiette deviendra exigible, le créancier imputera les montants perçus sur la créance garantie. Le solde sera, le cas échéant, reversé au constituant.

2) Si la « créance assiette » arrive à échéance avant la « créance garantie », le créancier gagiste devra verser les montants perçus sur un compte bancaire distinct ouvert à cet effet, avec l'obligation de verser le solde au constituant du gage lorsque la créance garantie a été exécutée.

Le rang du créancier gagiste fait l'objet de plusieurs dispositions.

L'article 25 nouveau dispose que le créancier gagiste est payé par priorité par rapport aux autres créanciers sur le produit des biens grevés du gage sans préjudice des articles 21 à 26.

Les conflits de rang entre plusieurs créanciers gagistes se résolvent par la règle de l'antériorité en prenant en compte, selon le type de gage, la date d'enregistrement ou celle de la prise de possession. La même règle s'applique en présence de créanciers gagistes et de créanciers hypothécaires ou privilégiés spéciaux sur immeubles lorsque les biens gagés sont devenus immeubles (139).

Lorsqu'il est en conflit avec des créanciers privilégiés mobiliers, le créancier gagiste est assimilé au voiturier. Les articles 21 à 26 s'appliqueront.

Le conflit entre créancier gagiste et le vendeur de bien mobilier est réglé à l'article 58 qui donne la préférence au vendeur (140).

2. — *Gage sur fonds de commerce*

23. Le gage sur fonds de commerce en droit des assurances. — La question de savoir si le portefeuille d'assurances de l'intermédiaire constitue un fonds de commerce n'a pas manqué de susciter l'intérêt de la doctrine (141). Aujourd'hui, il semble « admis que le portefeuille d'assurances, qui

(133bis) On pourrait toutefois donner en gage une créance selon le régime du gage de registre.

(134) Articles 20 et 32 de la loi du 11 juillet 2013.

(135) Articles 45 et 70 de la loi du 11 juillet 2013.

(136) F. Georges, « La réforme des sûretés mobilières », *R.F.D.L.*, 2013, pp. 352-353.

(137) Cet artifice a pour conséquence une absence de visibilité de la mise en gage de créances contrairement au régime du gage de registre. Cette situation est critiquée par F. Georges qui suggère d'imposer l'enregistrement d'un gage sur avoir incorporel (F. Georges, « La réforme des sûretés mobilières », *R.F.D.L.*, 2013, pp. 341 et 354).

(138) F. Georges, « La réforme des sûretés mobilières », *R.F.D.L.*, 2013, p. 355.

(139) W. Derijcke, « La réforme des sûretés réelles mobilières », *R.D.C.*, 2013, p. 709.

(140) W. Derijcke souligne toutefois, à juste titre, la contradiction de cet article 58 avec l'article 23 (W. Derijcke, « La réforme des sûretés réelles mobilières », *R.D.C.*, 2013, p. 710).

(141) H. Cousy, « Les intermédiaires d'assurance », in X, *Les intermédiaires commerciaux*, Bruxelles, éditions du Jeune barreau, 1990, p. 236; J.-M. Binon, *Le recouvrement par l'assureur des dettes de*

est un bien meuble corporel (*sic*), peut être constitutif d'un fonds de commerce » (142).

L'avantage qui découle de cette qualification n'est pas négligeable. Le portefeuille d'assurances est susceptible d'être mis en gage dans son intégralité sur la base de la loi du 25 octobre 1919 (143). Il est en effet possible, selon J.-M. Binon, de constituer ce gage au « prix de quelques "assouplissements" apportés à ses conditions d'existence » (144).

24. Inopposabilité du gage sur fonds de commerce. — À l'instar de ce qui a été dit pour le gage sur créances, l'action paulienne prévue à l'article 20 de la loi sur les faillites est ouverte au curateur lorsque le gage a été consenti en fraude des droits des créanciers.

De plus, le curateur bénéficie d'une action en inopposabilité lorsque le gage sur fonds de commerce a été constitué durant la période suspecte pour garantir des dettes contractées antérieurement (145).

En matière de gage sur fonds de commerce, l'article 19 de la loi sur les faillites trouve également à s'appliquer (146). Si le gage sur fonds de commerce n'a pas été inscrit avant le jugement déclaratif de faillite, il est frappé d'inopposabilité. La même sanction, facultative cette fois, est prescrite si le gage est inscrit au cours de la période suspecte plus de quinze jours après sa date de constitution (147).

25. Effets de la faillite du débiteur gagiste. — La faillite de l'intermédiaire d'assurances qui a mis en gage son portefeuille fait naître dans le chef du créancier

gagiste un droit de préférence sur l'assiette du gage. Cette assiette est précisée à l'article 2 de la loi du 25 octobre 1919 (148). Elle comprend, à titre non exhaustif, « l'ensemble des valeurs qui composent le fonds de commerce, et notamment la clientèle, l'enseigne, l'organisation commerciale, les marques, le droit au bail, le mobilier du magasin et l'outillage, le tout sauf stipulation contraire. Il (le gage) peut comprendre les marchandises en stock à concurrence de 50% de leur valeur ». Dans son arrêt du 6 novembre 1970 (149), la Cour de cassation a décidé que « si les créances, valeurs et espèces ne font généralement pas partie du fonds de commerce, les opérations juridiques portant sur le fonds de commerce peuvent y inclure ces éléments au moyen d'une clause spéciale ». Il est donc généralement admis que les créances ne font pas partie de l'assiette du gage à moins d'une mention expresse (150). Cet enseignement doit être transposé en droit des assurances : les créances de commissions sont, en principe, exclues du gage (151). Il est donc conseillé aux assureurs, en leur qualité de créanciers gagistes, de s'accorder sur leur intégration moyennant une disposition expresse.

26. Réalisation du gage, remboursement de la dette garantie, conflits de rang. — Le créancier gagiste peut faire vendre le bien mis en gage soit en bloc, soit en détail (152). Il doit toutefois respecter le prescrit de l'article 26 de la loi sur les faillites qui consacre une suspension limitée des mesures d'exécution mobilière (153) ainsi que les règles qui gouvernent l'exécution du gage (154) (155).

l'intermédiaire d'assurance à son égard, Academia-Bruylant, Louvain-la-Neuve, 1991, p. 77.

(142) C. Verdure, *L'intermédiation et la distribution en assurances*, Limal, Anthemis, 2012, p. 154 qui cite R. Poncelet, « Privilèges mobiliers », *Rép. not.*, t. X, livre 3, 1997, p. 135, n° 164.

(143) C. Verdure, *L'intermédiation et la distribution en assurances*, Limal, Anthemis, 2012, p. 154.

(144) J.-M. Binon, *Le recouvrement par l'assureur des dettes de l'intermédiaire d'assurance à son égard*, Academia-Bruylant, Louvain-la-Neuve, 1991, p. 82.

(145) J.-M. Binon soulève le problème délicat du gage accessoire d'une convention de consolidation d'un solde débiteur de primes (*ibidem*, p. 82).

(146) J. Cattaruzza, « Le gage sur fonds de commerce », in X, *Privilèges et hypothèques - Commentaire avec aperçu de jurisprudence et de doctrine*, III, *Des privilèges*, D, *Des privilèges spéciaux*, Waterloo, Kluwer, 2002, p. 52, n° 53.

(147) *Ibidem*.

(148) Loi du 25 octobre 1919 sur la mise en gage du fonds de commerce, l'escompte et le gage de la facture, ainsi que l'agrégation et l'expertise des fournitures faites directement à la consommation, *M.B.*, 18 octobre 1919.

(149) Cass., 6 novembre 1970, *Pas.*, 1971, I, p. 200, *R.C.J.B.*, 1972, p. 320.

(150) F. T'Kint, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 174.

(151) C. Verdure, *L'intermédiation et la distribution en assurances*, Limal, Anthemis, 2012, p. 156.

(152) F. T'Kint et W. Derijcke, *La faillite*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 241.

(153) Voy. I. Verougstraete, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, pp. 438-439.

(154) Voy. sur ce point, F. T'Kint, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 153 et s.

En cas d'inaction du créancier, le curateur est en droit de réaliser le fonds (156).

L'article 88 de la loi sur les faillites permet, par ailleurs, au curateur à toute époque « avec l'autorisation du juge-commissaire, (de) retirer les gages, au profit de la faillite en remboursant la dette ».

Les conflits de rang sont, le cas échéant, arbitrés selon les règles inscrites dans la loi hypothécaire ou dégagées en doctrine et en jurisprudence. Pour rappel, l'éventuel conflit entre le gagiste sur fonds de commerce et le gagiste ordinaire se règle par le principe d'antériorité (157).

27. La réforme des sûretés réelles mobilières. — Dans le cadre de la réforme qui entrera en vigueur au plus tard le 1^{er} décembre 2014, le chapitre 1^{er} de la loi du 25 octobre 1919 qui réglemente le gage sur fonds de commerce est abrogé.

Cette abrogation ne sonne toutefois pas le glas du gage sur fonds de commerce. L'article 7 de la section 1^{er} du titre XVII, prévoit, en effet, que :

« Le gage peut avoir pour objet un bien mobilier corporel ou incorporel ou un ensemble déterminé de biens de ce type.

» Sauf disposition restrictive dans la convention de gage, le gage ayant pour objet un fonds de commerce comprend l'ensemble des biens qui composent le fonds de commerce ».

Malgré l'absence de définition, tant la notion que la mise en gage du fonds de commerce survivent non sans qu'il y soit toutefois apporté quelques modifications.

Le gage sur fonds de commerce devient un gage de registre portant sur une universalité. De plus, cette sûreté n'est plus réservée de manière exclusive au bénéfice des établissements de crédits agréés (158).

L'étendue de l'assiette du gage sur fonds de commerce est sujette à discussion. Avec la réforme, la question se pose de savoir si les créances sont comprises dans l'assiette du

gage. Initialement, les créances étaient exclues du gage sur fonds de commerce à moins « qu'une mention expresse (...) les y intègre » (159). Les travaux préparatoires de la loi nouvelle précisent uniquement que « l'article 7 s'inscrit dans la continuité directe des dispositions légales actuelles relatives au gage sur fonds de commerce » (160). Force est néanmoins de constater qu'aucune réponse claire quant à l'inclusion ou non des créances dans l'assiette du gage sur fonds de commerce n'est apportée par le législateur. Quant aux marchandises en stock, le plafond de 50% prévu à l'article 2 de la loi du 1919 (161) ne figure pas non plus dans la loi nouvelle (162).

Enfin, la réalisation du gage est soumise à des nouvelles règles (163).

C. — La cession de créances à titre de garantie

28. Différents cas d'inopposabilité de la cession de créances à titre de garantie.

— L'intermédiaire peut choisir de céder ses créances de commissions à son créancier qui les conservera, en garantie du remboursement des sommes dues, jusqu'au paiement de la dette (164). « L'opération consiste dans l'utilisation du droit de propriété à des fins de garantie » (165).

Le recours à ce mécanisme n'est toutefois pas sans risque.

Il nous paraît tout d'abord utile de rappeler que l'opposabilité de la cession au débiteur cédé est soumise à l'exigence de notification ou de reconnaissance fixée à l'article 1690, § 1^{er}, alinéa 2, du Code civil. Afin d'être opposable, la cession doit par consé-

(159) F. T'Kint, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2004, p. 174.

(160) Projet de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières et abrogeant diverses dispositions en cette matière, *Doc. parl.*, Ch. repr., session ordinaire 2012-2013, Doc. 53, n^o 2463/001, p. 37.

(161) La réforme prévoit l'abrogation de cette loi.

(162) F. Georges en déduit que la valeur des marchandises en stock dans le fonds de commerce n'est désormais plus limitée à 50% (F. Georges, « La réforme des sûretés mobilières », *R.F.D.L.*, 2013, p. 335).

(163) Voy. les articles 47 et s. du titre XVII du livre III du Code civil.

(164) J.-M. Binon, *Le recouvrement par l'assureur des dettes de l'intermédiaire d'assurance à son égard*, Academia-Bruylant, Louvain-la-Neuve, 1991, p. 115.

(165) J.-L. Van Boxstael, « La sûreté fiduciaire », *R.G.D.C.*, 1992, pp. 217-235.

(155) I. Verougstraete, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 625.

(156) J. Cattaruzza, *Le gage sur fonds de commerce*, Diegem, Kluwer, 1997, p. 85.

(157) F. T'Kint, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 180.

(158) W. Derijcke, « La réforme des sûretés réelles mobilières », *R.D.C.*, 2013, p. 703.

quent être notifiée au débiteur cédé avant le jugement déclaratif.

Ensuite, quand bien même la convention aurait été conclue antérieurement à la période suspecte, elle peut être frappée d'inopposabilité, sur la base de l'article 20 de la loi sur les faillites, si elle a été passée en fraude des droits des créanciers.

Les cessions de créances à titre de garantie qui interviennent pendant la période suspecte sont également susceptibles de se heurter aux articles 17 et suivants de la loi sur les faillites.

Enfin, après le jugement déclaratif de faillite, l'intermédiaire est dessaisi de ses biens et ne peut donc plus les céder à titre de garantie.

29. — Une cession de créance « rétrogradée ou convertie » (166) en gage. — Qu'en est-il toutefois, une fois la faillite prononcée, d'une convention de cession de créances à titre de garantie conclue valablement par le futur failli et hors période suspecte? Le créancier auquel l'intermédiaire d'assurances a cédé à titre de garantie ses commissions échappe-t-il au concours des créanciers?

La question de l'opposabilité à la masse de la cession intervenue à titre de garantie s'est vite révélée fort épineuse. Dans son arrêt du 3 décembre 2010 (167), la Cour de cassation y a cependant apporté une réponse sans équivoque : « Le principe de l'égalité des créanciers et les articles 7 et 8 de la loi hypothécaire dérogent nécessairement aux articles 1134, 1135 et 1165 du Code civil, de sorte qu'une sûreté réelle non prévue par la loi est inopposable aux créanciers en concours » (168). La sanction retenue par la Cour répond à des considérations pragmatiques (169) : l'« inopposabilité

ne conduit pas à ce que la cession soit dénuée de tout effet à l'encontre des créanciers du failli, mais seulement à ce qu'elle soit traitée, à l'égard des tiers, comme un gage » (170).

C'est cette solution qui fut retenue par notre législateur dans la loi précitée du 11 juillet 2013 (171) : « Une cession de créance à titre de sûreté confère uniquement au cessionnaire un gage sur la créance cédée » (172). Le créancier de l'intermédiaire d'assurances sera assimilé à un créancier gagiste.

À côté de cette censure de principe (censure qui prend la forme d'une rétrogradation), de nombreux textes épars (173) viennent toutefois consacrer de manière spécifique la cession de créances aux fins de garantie, notamment la loi sur les sûretés financières du 15 décembre 2004 (174). Cette dernière loi consacre, en son article 12, l'opposabilité en cas de concours de la cession fiduciaire portant sur des instruments financiers, des espèces ou des créances bancaires.

30. Conclusion. — La faillite de l'intermédiaire d'assurances engendre, en principe, la fin du contrat conclu avec l'assureur. Afin d'échapper au concours et d'être désintéressés par priorité, les créanciers du courtier ou de l'agent seront tentés de se prévaloir d'un droit de préférence. La compensation, le gage ou la cession de créances à titre de garantie sont généralement invoqués par les compagnies d'assurances. Les écueils sont toutefois nombreux et rendent parfois ces garanties précaires.

de garantie », note sous Cass., 3 décembre 2010, *R.G.D.C.*, 2011, pp. 502-503.

(170) Voy. M. Grégoire et L. Czupper, « La garantie hors la loi? », note sous Cass., 3 décembre 2010, *R.D.C.*, 2011, p. 870.

(171) Loi du 11 juillet 2013 modifiant le Code civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières et abrogeant diverses dispositions en cette matière, *M.B.*, 2 août 2013.

(172) Nouvel article 62 du titre XVII du livre III du Code civil.

(173) Voy. F. Georges, *La saisie de la monnaie scripturale*, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 192 et s.; C. Biquet-Mathieu et F. Georges, « Les espaces de liberté dans le domaine des sûretés et garanties de paiement », in X, *Les espaces de liberté en droit des affaires*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 84 et s.

(174) Loi du 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières et portant des dispositions fiscales diverses en matière de conventions constitutives de sûreté réelle et de prêts portant sur des instruments financiers, *M.B.*, 1^{er} février 2005.

(166) F. Georges, « L'inopposabilité atténuée en cas de concours de la cession de créance à titre de garantie », note sous Cass., 3 décembre 2010, *R.G.D.C.*, 2011, p. 503.

(167) Cass., 3 décembre 2010, *R.G.D.C.*, 2011, pp. 497-498, note F. Georges; *Dr. banc. fin.*, 2011, liv. 2, p. 120, *Ius & Actores*, 2011, livr. 2, p. 261, concl. Dubrulle, *NjW*, 2010, livr. 233, p. 834, concl. Dubrulle, note V. Sagaert, *Pas.*, 2010, livr. 12, p. 3094, *R.W.*, 2010-2011, livr. 28, p. 1177 note R. Fransis, *R.D.C.*, 2011, livr. 9, p. 866, note M. Grégoire et L. Czupper.

(168) Voy. pour un cas d'application Civ. Liège, 23 mars 2011, *J.L.M.B.*, 2011, pp. 1776 et s., note G. de Leval.

(169) Voy. F. Georges, « L'inopposabilité atténuée en cas de concours de la cession de créance à titre