

des questions posées par l'excusabilité et par le cautionnement à titre gratuit.

Dans cette perspective, il y a lieu, en application de l'article 8, alinéa 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, de maintenir les effets des dispositions annulées, de la manière indiquée au dispositif.

B.15. En raison de la solution donnée au recours en annulation introduit dans l'affaire n° 2674, il n'y a pas lieu de répondre séparément en ce qui concerne les deux différences de traitement mentionnées dans la question préjudicielle posée dans l'affaire n° 2789.

Par ces motifs,

la cour

– annule les articles 81, 1^o, et 82, alinéa 1^{er}, de la loi du 8 août 1997 sur les faillites telle qu'elle a été modifiée par la loi du 4 septembre 2002;

– maintient les effets des dispositions annulées jusqu'à l'entrée en vigueur de nouvelles dispositions et, au plus tard, jusqu'au 31 juillet 2005.

(...)

Note

Les effets de l'excusabilité sur la situation des cautions et du conjoint à la lumière de la jurisprudence récente de la Cour d'arbitrage

*J. Windey et K. Driesen*¹

I. GÉNÉRALITÉS

1. La renaissance de l'excusabilité constitue l'une des innovations marquantes de la loi du 8 août 1997 sur les faillites et s'inscrit dans le cadre de la réalisation de l'un des principaux objectifs de la réforme, à savoir l'humanisation des conséquences de la faillite.

Jusque là, l'octroi de l'excusabilité au failli était dénué du moindre intérêt pratique, celui-ci permettant tout au plus à ce dernier de bénéficier d'une sorte de "brevet platonique d'honnêteté sans effet juridique"².

Au contraire, le législateur de 1997 a souhaité conférer au concept d'excusabilité une plus grande efficacité en offrant aux tribunaux la faculté d'effacer les stigmates de la faillite, non seulement sous l'angle moral, mais également d'un point de vue économique.

Ce faisant, le législateur consacrait pour la première fois en droit belge l'idée du "fresh start", déjà présente dans de nombreuses législations étrangères³.

2. Comme la Cour d'arbitrage a eu depuis l'occasion de le souligner à maintes reprises⁴, la mesure relève tant de l'intérêt général – qui peut être servi par le maintien dans le circuit économique d'un débiteur qui, nonobstant sa faillite, peut être un partenaire commercial fiable – que de l'intérêt personnel du commerçant malchanceux de se voir offrir une seconde chance.

À cet égard, le législateur a tenté – dans la mesure du possible et avec un succès mitigé – de concilier les intérêts divergents en présence, en prenant notamment en considération l'intérêt du failli et les droits légitimes des créanciers⁵.

Dans tous les arrêts qu'elle a rendu en la matière⁶, la Cour d'arbitrage a toujours tenu à préciser qu'elle considérait qu'en permettant au tribunal de déclarer le failli excusable, le législateur avait pris une mesure conforme aux objectifs décrits ci-dessus.

¹ Avocats au barreau de Bruxelles.

² PERCEROU et DESSERTAUX, n° 1461 cité par L. FRÉDÉRICQ, *Traité de droit commercial belge*, T. VII, *Faillites et banqueroutes, Sursis de paiement, Concordats judiciaires*, (Première partie) 1949, Gand, Éd. Fecheyr, p. 498, n° 331.

³ S. BRIJS, "Fresh start" en "Discharge" ingevoerd in het Belgische insolventierecht: een tweede kans voor de wetgever?", in: *Liber Amicorum Philippe Gérard* 2002, Bruxelles, Bruylant, pp. 151 et s.; I. VERUGSTRAETE, "Du fresh start à l'excusabilité", in *Faillite et concordat judiciaire: un droit au concours incertain et aux interférences multiples* 2002, Bruxelles, Bruylant – Louvain-la-Neuve, Academia-Bruylant, pp. 545 et s.

⁴ Voy. notamment le considérant B.3. de l'arrêt n° 69/2002 rendu par la Cour d'arbitrage le 28 mars 2002 (R.D.C.B. 2002, p. 437): "[L]e législateur entendait octroyer [au failli] une mesure "de faveur" lui permettant de reprendre ses activités sur une base assainie, et ceci non seulement dans son intérêt, mais aussi dans celui de ses créanciers ou de certains d'entre eux qui peuvent avoir intérêt à ce que leur débiteur reprenne ses activités sur une telle base."

⁵ Cette considération est également mentionnée dans le point B.3 de l'arrêt du 28 mars 2002 cité à la note précédente: "Il ressort des travaux parlementaires que le législateur s'est soucie de tenir "compte, de manière équilibrée, des intérêts combinés de la personne du failli, des créanciers, des travailleurs et de l'économie dans son ensemble" et d'assurer un règlement humain qui respecte les droits de toutes les parties intéressées".

⁶ Voy. notamment Cour d'arbitrage n° 69/2002 28 mars 2002, précité, considérant B.6 et les arrêts publiés ci-avant, p. 876 et 884.

3. Si la renaissance de l'excusabilité a certes été saluée par la doctrine, celle-ci n'a pas manqué de dénoncer les lacunes que la loi du 8 août 1997 comportait et les incertitudes que celles-ci engendraient⁷.

La loi du 4 septembre 2002 devait y remédier.

Il faut bien reconnaître que le but n'a pas été, loin s'en faut, atteint puisque la nouvelle loi a suscité de nouvelles interrogations.

II. LES DIFFICULTÉS POSÉES PAR LA LOI DU 4 SEPTEMBRE 2002

4. Les innovations de la loi du 4 septembre 2002 portent en substance sur (i) la définition des critères d'octroi de l'excusabilité, (ii) l'exclusion de certaines dettes du champ d'application de l'excusabilité, (iii) l'exclusion des personnes morales du bénéfice de cette mesure et (iv) la modification de la portée de l'excusabilité.

orientation dont on ne peut que se féliciter puisqu'elle met clairement un terme à la controverse que le texte ancien suscitait. Ainsi, on rappellera qu'une fraction de la doctrine interprétait l'ancienne disposition comme conférant au failli un droit à l'excusabilité dont il ne pouvait être privé qu'en cas de faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite, alors qu'une autre part de celle-ci estimait au contraire qu'il s'agissait d'une pure mesure de faveur à réserver aux débiteurs les plus méritants.

Une excellente doctrine, qu'il serait vain de paraphraser et à laquelle nous renvoyons le lecteur⁸, s'est déjà livré, avec toute la pertinence requise, à une analyse critique fouillée de la loi du 4 septembre 2002.

Il ne fait plus aucun doute aujourd'hui que l'excusabilité constitue un droit dans le chef du failli⁹.

A. Les imprécisions de la loi dite de réparation

Il reste que la disposition crée une nouvelle incertitude quant à l'existence ou non d'une présomption dans le chef du failli qu'il réunit la condition positive posée par l'article 80 d'être "malheureux et de bonne foi".

5. La doctrine a justement regretté l'introduction de nouvelles imprécisions à la faveur de la modification législative.

Nous croyons avec Monsieur Dal¹⁰ que ni le texte ni les travaux préparatoires ne permettent de conclure à l'institution d'une telle présomption. En effet, il ressort des discussions parlementaires¹¹ que le législateur a clairement affiché son refus de voir la charge de la preuve renversée en faveur du failli, ce qui explique les termes du nouvel article 80 qui,

Un premier exemple concerne les conditions d'octroi de l'excusabilité telles qu'elles résultent du nouvel article 80.

En donnant au juge une ligne de conduite dans son approche de l'octroi de l'excusabilité, le législateur a, certes, pris une

⁷ Pour un commentaire du régime de l'excusabilité sous l'empire de la loi du 8 août 1997, voy. notamment S. BRIJS, "De verschoonbaarheid van de gefailleerde", *Balans* 1997, n° 337, pp. 9 et s.; G. DAL, "L'excusabilité du failli", in X., *Le nouveau droit du concordat judiciaire et de la faillite: les lois des 17 juillet et 8 août 1997*, Bruxelles, Bruylant, pp. 163 et s.; G. DAL, "L'excusabilité (1998-2001)", *J.T.* 2002, pp. 58 et s.; C. MATRAY, "L'excusabilité du failli", *R.R.D.* 1998, pp. 261 et s.; M. MERSCH, "L'excusabilité ou l'effacement procédural des dettes" in *Les procédures de règlement collectif du passif*, CUP, décembre 1999, vol. XXXV, pp. 87 et s.; C. PARMENTIER, "L'excusabilité du failli", note sous Comm. Liège 13 juillet 1998, *J.L.M.B.* 1998, pp. 1258 et s.; Fr. T'KINT, "L'excusabilité et la réhabilitation du failli" in *Liber Amicorum Lucien Simont*, 2002, Bruxelles, Bruylant, pp. 879 et s.; A. VERBEKE, "Schuldeisers in het ontwerp van Faillissementswet. Op zoek naar een (nieuw) evenwicht", *C.J.* 1997, n° 1, pp. 14 et s.; B. WINDEY, "De verschoonbaarheid van de gefailleerde: een wrange nasmaak voor de borgen?", *A.J.T.* 2000-01, pp. 556 et s.; J. WINDEY, "L'excusabilité du failli", *R.D.C.B.* 1999, pp. 168 et s.

⁸ Voy. Th. BOSLY et M. ALHADEFF, "La loi de "réparation" de la loi du 8 août 1997 sur les faillites: une nouvelle occasion manquée?", *R.D.C.B.* 2002, pp. 777 et s.; K. CREYF, "De gevolgen voor de borg of de echtgenoot bij bevrijding of kwijtschelding van schulden in het insolventierecht", *R.W.* 2002-03, pp. 441 et s.; A. CUYPERS, "De verschoonbaarheid van de gefailleerde en de positie van echtgenoot en borgen in de gerepareerde Faillissementswet", *R.D.C.B.* 2003, pp. 267 et s.; G. DAL, "L'excusabilité dans la loi du 4 septembre 2002: réparation ou bricolage?", *J.T.* 2003, pp. 633 et s.; A. DE WILDE, "Reparatiewet faillissement", *R.W.* 2002-03, p. 561; E. DIRIX, "Borgtocht in het ontwerp reparatiewet faillissement: 'omwille van je blauwe ogen'", *R.W.* 2001-02, p. 716; A. FAYT, "Un vent nouveau souffle sur l'excusabilité...", *Act. dr.* 2002, pp. 580 et s.; P. HENFLING, "Excusabilité du failli: faut-il déclarer le législateur excusable?", in X., *Le Tribunal de commerce: un acteur de la vie économique*; Liège, Ed. du Jeune Barreau, 2003, C. LEBON, "Het Arbitragehof en de Reparatiewet Faillissement op hetzelfde spoor: borg en echtgenoot van de verschoonbaar verklaarde gefailleerde bevrijd", note sous C.A. 28 mars 2002, *R.W.* 2002-03, pp. 458 et s.; C. LEBON, "Beter morgen dan vandaag? De bevrijding van de borg van de verschoonbaarverklaarde gefailleerde volgens de Faillissementswet van 1997 en volgens het Ontwerp "Reparatiewet" Faillissement", *R.D.C.B.* 2002, pp. 429 et s.; Fr. T'KINT et W. DERIJCKE, "Une caution n'est pas l'autre: sévérité jurisprudentielle passée dans l'attente d'une bienveillance législative à venir (?)", *R.D.C.B.* 2002, pp. 411 et s.; E. VAN DEN HAUTE, "Quelle excusabilité pour le conjoint du failli et pour la caution?", *Act. Div.* 2002, pp. 77 et 145; M. VANMENEN et B. WINDEY, "Recente wijzigingen inzake faillissement: wanneer repareren we de reparatiewet?", *NjW* 2002, pp. 372 et s.; M. VANMENEN et M. DE THEIJE, "Roeien met de gegeven riemen: een praktische benadering van de verschoonbaarheid", *R.W.* 2003-04, pp. 1552 et s.

⁹ G. DAL, "L'excusabilité dans la loi du 4 septembre 2002: réparation ou bricolage?", *J.T.* 2003, p. 634.

¹⁰ G. DAL, *ibid.*

¹¹ L'amendement qui visait à mettre en concordance le texte de l'art. 80 de la loi sur les faillites avec celui de l'art. 15 de la loi sur le concordat qui évoque "l'absence de mauvaise foi manifeste" a été rejeté au motif précisément que "l'amendement peut changer la portée de la disposition sur le fond et pourrait entraîner un renversement de la charge de la preuve" (projet de loi modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, le Code judiciaire et le Code des sociétés, rapport fait au nom de la commission de la justice par M. J. Steverlynck, *Doc. parl.* Sénat session 2001-02, n° 2-877/8, pp. 76-77).

notamment, ne reprend pas ceux de l'article 15 de la loi sur le concordat et partant, la référence à "*l'absence de mauvaise foi manifeste*"¹². Il appartiendra donc au failli de rapporter la preuve de ce qu'il répond à la première condition prévue à l'article 80.

Nous ajouterons que la seconde condition posée par la disposition jouera un rôle déterminant dans l'examen de l'octroi de la mesure d'excusabilité puisqu'on peut légitimement supposer que l'existence de circonstances graves exclura que le failli soit encore à même de justifier remplir la condition positive de malheur et de bonne foi. À cet égard, l'existence de circonstances graves ressortira en pratique des critiques émises par les créanciers lors de l'assemblée générale de reddition de comptes et reprises au procès-verbal de celle-ci, du rapport du juge-commissaire sur les circonstances de la faillite fait à l'audience statuant sur l'excusabilité ou du rapport verbal émis à la même occasion par le curateur.

6. Une autre choix regrettable de terminologie se retrouve à l'article 82 de la loi qui dispose que "*l'excusabilité éteint les dettes du failli...*". Il s'agit pourtant d'une bien curieuse extinction puisqu'elle ne procède pas de l'exécution par le failli directement ou indirectement des obligations qu'il a contractées à l'égard de ses créanciers¹³.

En outre, en stipulant l'extinction des dettes, le législateur a remis en question l'option retenue dans le texte de loi originale qui voulait que l'excusabilité constituât une simple immunité de poursuite à l'égard des créanciers non intégralement désintéressés à l'issue de la procédure de faillite¹⁴.

B. Les discriminations engendrées par la loi dite de réparation

7. La doctrine majoritaire a également immédiatement dénoncé les nouvelles discriminations introduites par la loi du 4 septembre 2002 et prédit qu'elle serait source d'une nouvelle vague de recours devant la Cour d'arbitrage. Ces prévisions se sont rapidement réalisées. En témoignent les arrêts ici commentés qui augurent d'autres décisions à venir.

La majeure partie des décisions autour desquelles est axée la présente note ont trait aux effets de la modification de la portée de la mesure d'excusabilité, laquelle est au cœur de la réforme intervenue en 2002.

Nous avons pris le parti de ne pas analyser de manière isolée chacun des arrêts rendus par la Cour d'arbitrage, préférant aborder leur analyse par le biais des différentes questions qui lui ont été posées.

1. Discrimination dans la sélection des bénéficiaires de la mesure d'excusabilité

a) Exclusion des personnes morales du champ d'application rationae personae de l'excusabilité

8. Désormais, les personnes morales ne peuvent plus être déclarées excusables en sorte que la clôture de la faillite met clairement un terme à la vie de celles-ci.

Cette nouvelle exception¹⁵ trouve essentiellement sa justification dans l'aspect moral attaché à la mesure de l'excusabilité, lequel était difficilement susceptible d'être prêté à une individualité juridique¹⁶.

¹². A. ZENNER défend une opinion contraire dans son ouvrage *Faillites et concordats 2002, la réforme de la réforme et sa pratique*, Bruxelles, Larcier, 2003, n° 172.

¹³. G. DAL, "L'excusabilité dans la loi du 4 septembre 2002: réparation ou bricolage?", *J.T.*, p. 633, spec. p. 635.

¹⁴. Dans sa formulation initiale, l'art. 82 de la loi du 8 août 1997 disposait que le failli déclaré excusable "*ne peut plus être poursuivi par ses créanciers*". Contrairement à l'opinion défendue par le ministre de la Justice au cours des débats parlementaires, la doctrine unanime considérait que si cet article avait certes pour effet de faire obstacle à l'intentement de toute forme de poursuites par les créanciers, il n'emportait nullement extinction des dettes du débiteur failli. On peut se demander si la nouvelle formule utilisée par le législateur rend compte de l'intention réelle de celui-ci. L'extinction de la dette implique, en effet, que toutes les personnes qui garantissaient celle-ci sont libérées de leur engagement. Or, tel n'est pas le cas dans le système mis en place par la loi du 4 septembre 2002, laquelle prévoit expressément que l'extinction de la dette ne profite qu'au failli et à certaines cautions – les autres cautions restant tenues d'une dette qui pourtant n'existe plus – ... Le législateur paraît donc avoir voulu conférer à l'"extinction" des dettes du failli les effets d'une remise de dettes personnelle au failli.

¹⁵. Le législateur avait, par ailleurs, maintenu en tous ses termes l'exception déjà existante dans le texte de 1997 relative à certains condamnés. Cette disposition a toutefois disparu de notre arsenal juridique ensuite de son annulation par la Cour d'arbitrage (C.A., arrêt n° 28/2004, 11 février 2004, *Cour d'Arbitrage-Arbitragehof* 2004, Brugge, Vanden Broele, p. 351) – annulation qui se situait dans le prolongement des déclarations d'inconstitutionnalité dont cette disposition avait fait l'objet dès lors que cette exclusion allait "*au-delà de ce qui était nécessaire*" pour atteindre l'objectif poursuivi par le législateur, en ce qu'elle était "*illimitée dans le temps, absolue et automatique*" alors que le législateur aurait pu "*conférer au juge un certain pouvoir d'appréciation en la matière donnant lieu, au besoin, à une motivation spécifique*" (C.A., arrêt n° 11/2003, 22 janvier 2003, *Cour d'Arbitrage-Arbitragehof* 2003, p. 99; *R.D.C.B.* 2003, p. 318, note; C.A., arrêt n° 39/2003, 3 avril 2003, *Cour d'Arbitrage-Arbitragehof* 2003, p. 479). L'annulation de cette disposition a pour conséquence qu'une personne ayant fait l'objet d'une condamnation n'est plus privée du bénéfice éventuel d'une mesure d'excusabilité. Il en est de même de celle qui est l'objet de poursuites au moment où la décision doit être prise. En ce qui concerne cette dernière hypothèse, on voit mal quels seront les critères qui seront retenus par le tribunal dans sa décision dans un sens ou dans un autre.

¹⁶. On relèvera toutefois que l'exclusion des personnes morales du bénéfice de la mesure d'excusabilité n'était pas à l'ordre du jour lors du dépôt du projet de loi, lequel prévoyait, au contraire, de préciser les conditions d'octroi de cette mesure à celles-ci – comme cela a été fait pour les personnes physiques – en retenant un critère d'ordre économique plutôt que moral, à savoir le fait d'offrir "*des garanties raisonnables de pouvoir efficacement s'engager dans des activités commerciales nouvelles*".

9. Depuis l'adoption de la loi, la Cour d'arbitrage a eu l'occasion de décider, dans son arrêt n° 114/2004 du 30 juin 2004¹⁷, que la différence de traitement opérée par le législateur entre les personnes physiques et les personnes morales n'était pas susceptible d'être, en soi, censurée, considérant qu'il pouvait se comprendre que le législateur ait réservé aux personnes physiques la possibilité d'un nouveau départ, dès lors, notamment, qu'une "personne morale peut être dissoute" [point B.4.6. de l'arrêt] et "après sa faillite, son fonds de commerce peut faire l'objet d'une cession" [point B.4.7 de l'arrêt], ce qui, suivant la haute juridiction, pose en des termes tout à fait différents la question de l'exclusion du circuit économique d'une personne physique et d'une personne morale.

La cour consacre ainsi le courant doctrinal qui avait considéré inapplicable aux personnes morales la *ratio legis* qui sous-tend le régime de l'excusabilité¹⁸.

Notons déjà que l'exclusion des personnes morales du rang des bénéficiaires de l'excusabilité a pour conséquence de distinguer le sort des cautions à titre gratuit du failli suivant que ce dernier est une personne physique ou une société, point sur lequel nous reviendrons ci-après (voy. *infra*, n° 19 et suiv.).

b) Extension du bénéfice de l'excusabilité à certaines catégories de garanties personnelles et de co-débiteurs

1°) Portée de l'article 82, alinéas 1 et 2

10. Pour rappel, l'article 82 dispose, en ses deux premiers alinéas, que "L'excusabilité... décharge les personnes physiques qui, à titre gratuit, se sont rendues caution de ses obligations. Le conjoint du failli qui s'est personnellement obligé à la dette de son époux est libéré de cette obligation par l'effet de l'excusabilité".

En stipulant la décharge de certaines cautions et du conjoint co-débiteur, le législateur a remis en question le principe selon lequel seul le débiteur failli était bénéficiaire de l'excusabilité¹⁹.

Il ressort des travaux préparatoires que ce revirement fut motivé par la volonté du législateur d'humaniser les conséquences de la faillite non seulement à l'égard du failli mais également de ses proches tenus au paiement de ses dettes, dans la mesure où il s'agit le plus souvent de parents du failli ayant mésestimé les conséquences de leur engagement, ce qui justifie qu'ils bénéficient d'une protection²⁰.

En visant la caution personne physique ayant agi à titre gratuit et le conjoint co-débiteur, le législateur a considéré que seuls ces derniers rentraient dans la catégorie des personnes à qui pouvait être étendu le bénéfice des effets de l'excusabilité et partant, instauré une différence de régime entre les personnes qui, à un titre ou à un autre, se sont portées caution ou sont co-débiteurs des dettes du failli.

D'autre part, l'article 82 fait jouer de manière automatique l'extension des effets de l'excusabilité aux personnes qu'il désigne, sans que ne doive être appréciée dans leur chef l'existence de la moindre condition.

11. Nous aborderons successivement l'incidence des distinctions faites par l'article 82 entre les cautions et les co-débiteurs solidaires, entre les cautions à titre gratuit et les autres cautions, entre les co-débiteurs conjoints du failli et les autres co-débiteurs, entre les conjoints co-débiteurs solidaires selon qu'ils se sont personnellement obligés à la dette du failli ou qu'ils sont tenus par l'effet d'une disposition légale, et enfin, entre les cautions à titre gratuit des personnes physiques et les cautions à titre gratuit des personnes morales.

2°) Distinction entre les cautions et les co-débiteurs solidaires

12. Le législateur a choisi de ne libérer que les cautions, les co-débiteurs solidaires restant pour leur part tenus d'acquitter les dettes du failli, à l'exception du conjoint de ce dernier.

La Cour d'arbitrage a été saisie à ce sujet par la cour d'appel d'Anvers de la question préjudicielle suivante:

"L'article 82 de la loi sur les faillites, inséré par la loi du 8 août 1997, et l'article 29 de la loi du 4 septembre 2002, qui modifie l'article 82 de la loi sur les faillites, violent-ils les articles 10 et 11 de la Constitution en ce que seuls la personne qui, à titre gratuit, s'est rendue caution et le conjoint du failli déclaré excusable, sont déclarés libérés de leurs obligations pour les dettes du failli et que les co-obligés gratuits et solidaires de dettes qui ne concernent que le failli ne sont, dès lors, pas libérés de leurs obligations?"

13. La Cour d'arbitrage, dans un arrêt n° 78/2004 rendu le 12 mai 2004²¹, a répondu par la négative à cette question, estimant que la différence de traitement critiquée était

17. Publié ci-avant, p. 884.

18. Voy. notamment S. BRIJS, *o.c.*, p. 157.

19. Dans la mesure où l'excusabilité constituait une exception personnelle au débiteur au sens de l'art. 2036 du Code civil, la caution ne pouvait s'en prévaloir pour se prétendre libérée de son engagement (Cass. 16 novembre 2001, *R.D.C.B.* 2002, p. 34). Cette solution présentait, par ailleurs, l'avantage, d'une part, d'être cohérente avec celle que le législateur avait consacrée dans le cadre des autres types procédures liées à l'insolvabilité d'un débiteur et, d'autre part, d'éviter de dénaturer le contrat de cautionnement en lui ôtant, qui plus est, tout intérêt.

20. Référence est faite dans les travaux parlementaires au cas le plus évident en la matière, soit celui des père et mère retraités d'un jeune failli excusable ruinés par leur engagement.

21. Publié ci-avant, p. 876.

objectivement et raisonnablement justifiée dès lors que la caution et le co-débiteur se trouvent dans des situations différentes.

La règle de l'excusabilité vise, en effet, les dettes propres du failli. Si l'obligation de caution porte bien sur la liquidation d'une telle dette, tel n'est pas le cas de l'engagement d'un codébiteur qui a trait à une dette qui lui est, entièrement ou partiellement, propre.

La cour ajoute qu'étendre le bénéfice de la mesure d'excusabilité à cette catégorie de débiteurs restreindrait de manière disproportionnée les droits des créanciers, d'autant plus que les co-débiteurs solidaires à titre gratuit qui seraient en difficulté ont la faculté de solliciter le bénéfice de l'excusabilité s'ils sont commerçants ou, ne l'étant pas, une remise de dettes dans le cadre d'un règlement collectif de dettes.

La décision de la cour ne nous paraît sujette à aucune critique.

3°) Distinction parmi les cautions selon leur caractère gratuit ou non

14. Le législateur n'a prévu de libérer les cautions du failli que pour autant qu'il s'agisse de personnes physiques qui se sont engagées à titre gratuit.

La Cour d'arbitrage, dans son arrêt n° 114/2001 du 30 juin 2004²², a été saisie d'un recours en annulation des mots "à titre gratuit" dans l'article 82, alinéa 1^{er}, de la loi du 8 août 1997 sur les faillites dans la formulation issue de l'article 29 de la loi du 4 septembre 2002.

Elle a décidé que le choix du législateur de ne décharger que la caution à titre gratuit n'est pas "manifestement déraisonnable".

Au soutien de sa décision, la cour énonce que la différence de traitement critiquée repose sur un critère objectif, étant la nature gratuite de la caution, lequel est, par ailleurs, pertinent à la lumière des objectifs poursuivis par le législateur dans le cadre de la législation sur les faillites.

On ne peut que s'étonner de la référence faite aux objectifs de la loi, lesquels sont reproduits sous le considérant B.1. de l'arrêt, dès lors qu'ils ont exclusivement trait à la volonté du législateur de permettre au failli de repartir sur des bases assainies et, par conséquent, ne présentent aucun lien avec la situation de la caution²³.

4°) Distinction parmi les co-débiteurs selon qu'il s'agit du conjoint du failli ou non

15. Si le législateur a, ainsi qu'il a déjà été dit, estimé opportun de ne pas décharger en règle les co-débiteurs solidaires, il a toutefois fait exception à ce principe lorsque cet engagement a été pris par le conjoint du failli.

La Cour d'arbitrage a été interrogée sur la légalité de cette distinction par le tribunal de première instance de Gand dans les termes suivants:

"L'article 82 (nouveau) de la loi sur les faillites viole-t-il les articles 10 et 11 de la Constitution et crée-t-il en particulier une discrimination en tant qu'il aboutit à ce que le codébiteur solidaire bénéficie de l'avantage de la déclaration d'excusabilité comme conjoint du failli déclaré excusable tandis que cet avantage n'est pas accordé au codébiteur solidaire qui n'est pas le conjoint du failli, de sorte que le(s) créancier(s) ne peu(ven)t s'adresser au premier mais bien au second?"

16. La Cour d'arbitrage a, dans son arrêt n° 78/2004 du 12 mai 2004²⁴, répondu que l'introduction de la décharge du conjoint du failli se justifie au motif qu'en l'absence d'une telle dérogation, le créancier concerné conservait un droit de poursuite sur les biens composant le patrimoine commun des époux, et par là, était susceptible de saisir également les revenus issus de la nouvelle activité du failli. Une telle conséquence était manifestement contraire à l'objectif poursuivi par le législateur en introduisant l'excusabilité dans l'idée du "fresh start".

En revanche, la cour estime que cette justification ne vaut pas à l'égard des autres co-débiteurs solidaires dans la mesure où il ne saurait être question de l'existence d'un quelconque patrimoine commun avec les conséquences négatives dénoncées plus haut. Aussi, décide-t-elle que la différence de traitement entre les co-débiteurs solidaires, selon qu'ils sont ou non le conjoint du failli, ne présente aucun caractère discriminatoire.

17. La justification donnée par la Cour d'arbitrage à l'existence d'un régime particulier en faveur du conjoint co-débiteur solidaire ne convainc pas dès lors qu'elle concerne exclusivement les époux mariés en régime de communauté. Pourtant, la loi ne limite pas le bénéfice de l'avantage à cette seule catégorie de conjoint, ce qui pose la question de la discrimination faite par le législateur entre les conjoints mariés en régime de séparation et les cohabitants ou concubins du failli²⁵.

²². Publié ci-avant, p. 884.

²³. Ce n'est pas le premier arrêt où la cour fait référence aux objectifs du législateur pour appuyer sa décision alors que la référence ne présente aucun lien avec la solution (voy. à ce propos la critique faite par M. DAL sur un renvoi similaire dans l'arrêt du 28 mars 2002, G. DAL, "L'excusabilité dans la loi du 4 septembre 2002: réparation ou bricolage?", *J.T.* 2003, p. 636).

²⁴. Publié ci-dessus, p. 876.

²⁵. M. VANMENEEN et M. DE THELJE, *o.c.*, p. 1556.

5°) Distinction parmi les conjoints co-débiteurs solidaires selon qu'ils se sont personnellement obligés à la dette du failli ou qu'ils sont tenus par l'effet d'une disposition légale

18. Aux termes de l'article 82, alinéa 2, de la loi sur les faillites peuvent seuls tirer profit de l'excusabilité du failli les conjoints de celui-ci qui se sont personnellement obligés à sa dette. Cet article exclut donc implicitement les conjoints du failli obligés à la dette de leur époux en exécution d'une disposition légale expresse.

Le tribunal de première instance de Louvain a soumis la question préjudicielle suivante à la Cour d'arbitrage:

"L'article 82 de la loi sur les faillites du 8 août 1997, remplacé par l'article 29 de la loi du 4 septembre 2002 modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, le Code judiciaire et le Code des sociétés, viole-t-il les articles 10 et 11 de la Constitution en ce que le conjoint du failli, qui s'est personnellement obligé à la dette de ce dernier, est libéré, par suite de l'excusabilité, de cette obligation, alors que le conjoint du failli qui est tenu, en vertu d'une disposition légale, solidairement avec le failli au paiement d'une dette de ce dernier n'est pas libéré, par suite de l'excusabilité, de cette obligation?"

La Cour d'arbitrage a, dans le considérant B.11.3. de son arrêt déjà cité du 12 mai 2004²⁶, répondu que tel que libellé, l'article 82 *"a laissé subsister une discrimination – d'autant que l'excusabilité... est à présent un droit conditionnel pour le failli –, en tant que le conjoint qui est, en vertu d'une disposition fiscale, obligé à une dette d'impôt du failli, ne peut être libéré..."*²⁷.

6°) Distinction entre les cautions à titre gratuit selon qu'elles garantissent une personne physique ou une personne morale

19. Sur ce point, la Cour d'arbitrage a été saisie tant d'un recours en annulation de l'article 81, 1^o, et des mots *"à titre gratuit"* dans l'article 82, alinéa 1^{er}, de la loi du 8 août 1997

sur les faillites, tel que ces articles ont été remplacés par la loi du 4 septembre 2002, que d'une question préjudicielle posée par le tribunal de première instance de Dinant et libellée de la façon suivante:

"L'article 81 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, tel qu'il a été modifié par l'article 28 de la loi du 4 septembre 2002, en tant qu'il exclut de l'excusabilité les personnes morales, entraînant comme conséquence que les personnes physiques, qui se sont portées caution à titre gratuit d'une personne morale, ne peuvent se voir étendre le bénéfice de l'excusabilité, alors qu'une personne physique qui s'est portée caution à titre gratuit pour une personne physique voit s'étendre à son profit le bénéfice de l'excusabilité, viole-t-il les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il ne permet en aucune manière à une personne morale de bénéficier de l'excusabilité, ne permettant pas, dès lors, à une personne physique qui s'est portée caution à titre gratuit d'une personne morale de bénéficier de l'excusabilité?"

20. La Cour d'arbitrage, dans son arrêt n° 114/2004 du 30 juin 2004²⁸, conclut à l'existence d'une discrimination de nature à entraîner l'annulation des articles 81, 1^o, et 82, alinéa 1^{er}, de la loi sur les faillites²⁹.

L'annulation est fondée sur l'absence de toute justification³⁰ de la différence de traitement entre les personnes physiques qui se sont portées caution à titre gratuit d'une personne physique, et celles qui se sont portées caution dans les mêmes conditions d'une personne morale, alors qu'elles peuvent pourtant se trouver dans une situation comparable, voire même plus mauvaise en ce qui concerne les cautions de personne morale (considérant B.12, 2^e alinéa, de l'arrêt)³¹.

21. Quoique cette question ne lui avait pas été posée, la Cour d'arbitrage a estimé devoir apprécier la constitutionnalité du caractère automatique de l'extension des effets de l'excusabilité à la caution à titre gratuit prévue à l'article 82 de la loi du 8 août 1997.

Certes, la cour constate que dans sa nouvelle formulation, l'article 82 a mis fin à la discrimination constatée dans son

²⁶. Publié ci-avant, p. 876.

²⁷. Afin de mettre un terme à la discrimination dénoncée, le législateur a déposé le 30 août 2004 un projet de loi à la chambre tendant à modifier la formulation de l'art. 82, al. 2, de la loi sur les faillites afin de prévoir que la décharge concerne l'ensemble des dettes du failli auxquelles le conjoint est personnellement tenu et non uniquement celles auxquelles il s'est volontairement obligé (projet de loi modifiant l'art. 82, de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, *Doc. parl.* Ch. session 2003-04, n° 51-1320/2001). Le dépôt de ce projet de loi a été précédé par celui d'une proposition de loi *"modifiant l'article 98 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites en vue d'étendre les effets de l'excusabilité au conjoint du failli"* (*Doc. parl.* Ch. session 2003-04, n° 51-1276/001).

²⁸. Publié ci-dessus, p. 884.

²⁹. La Cour d'arbitrage décide toutefois, comme la loi l'y autorise, de maintenir les effets de la disposition annulée et ce jusqu'au 31 juillet 2005.

³⁰. On ne s'étonnera pas de ne trouver dans les travaux préparatoires de la loi aucune justification de l'introduction de la différence de traitement critiquée puisque, ainsi que le relève la Cour d'arbitrage (considérant B.8.1.), lors de l'examen de la situation des cautions, il n'avait pas encore été envisagé d'exclure du régime de l'excusabilité les personnes morales.

³¹. Il faut remarquer que la Cour d'arbitrage commet une erreur sans doute matérielle en faisant référence à l'exercice de l'action subrogatoire prévue par l'art. 2028 du Code civil dès lors que cette disposition vise au contraire le recours propre de la caution. Le considérant nous paraît devoir être approuvé avec la rectification qui précède, à savoir que la dissolution de la personne morale entraîne la perte du recours propre de la caution.

arrêt du 28 mars 2002³², laquelle résultait de l'absence de toute possibilité pour le juge d'apprécier s'il ne convenait pas dans certains cas, d'étendre le bénéfice de l'excusabilité du failli à la caution (considérants B. 8.3 et B. 8.4.)³³.

Comme elle l'avait déjà fait dans l'arrêt précité du 28 mars 2002, c'est sur le terrain de la proportionnalité que la Cour d'arbitrage s'est à nouveau placée pour sanctionner l'option prise par le législateur. Alors qu'en 2002, elle lui faisait reproche d'avoir empêché une caution ou un co-débiteur solidaire du failli, de jamais bénéficier de l'excusabilité lui accordée, en 2004, elle critique le législateur d'avoir au contraire automatiquement et en toutes circonstances accordé le bénéfice de cette extension à une certaine catégorie de cautions et de co-débiteurs solidaires. Cette fois, c'est l'automatisme de la mesure que la cour juge excessive au regard de l'objectif poursuivi par le législateur.

Elle estime que la loi aurait dû prévoir que puissent être prises en compte la situation de fortune des débiteurs concernés par l'article 82 de la loi sur les faillites et la réunion dans leur chef des conditions de malheur et de bonne foi. Ces éléments auraient dû participer de la faveur accordée à cette catégorie de débiteurs dès lors qu'en ce qui concerne en tout cas la caution, l'objectif de reprise d'une activité commerciale est généralement absent.

La lecture comparée des arrêts précités du 28 mars 2002 et du 30 juin 2004 fait ressortir que pour la cour, la seule voie ouverte au législateur aurait été d'accorder au juge un pouvoir d'appréciation lui permettant, au cas par cas, de décider d'étendre ou non le bénéfice de l'excusabilité aux cautions à titre gratuit et aux conjoints du failli³⁴.

Nous partageons toutefois les réserves émises par Messieurs T'Kint et Derijcke³⁵ à l'égard d'un tel mécanisme. On aper-

çoit mal, en effet, comment le tribunal de commerce pourrait procéder à une enquête de moralité des cautions aux fins de déterminer s'il est ou non opportun de les décharger, en ce qui concerne la condition de malheur et de bonne foi.

2. Discrimination entre les cautions suivant leur situation

22. Il résulte des nouvelles dispositions que les droits des cautions varient selon l'époque à laquelle elles sont appelées par le créancier.

La Cour d'arbitrage a déjà eu l'occasion de se prononcer sur les questions de l'éventuelle discrimination qui existerait entre les cautions suivant qu'elles sont en mesure ou non d'émettre un avis sur l'excusabilité du failli et sur leur possibilité de pouvoir ou non poursuivre le remboursement des sommes qu'elles ont décaissées auprès du failli.

a) Possibilité d'émettre un avis sur l'excusabilité du failli

23. Le problème ne concerne pas la caution qui a payé avant le jugement déclaratif de faillite. Celle-ci est à l'évidence en droit de produire au passif pour le montant versé au créancier et, partant, de donner son avis sur l'excusabilité du failli³⁶.

La discussion ne concerne que les cautions qui ont été amenées à s'exécuter au cours de la procédure de faillite. Plusieurs cas de figure sont envisageables: la caution a fait un paiement partiel³⁷ ou total^{38,39}.

32. C.A., arrêt n° 69/2002, 28 mars 2002, *R.D.C.B.* 2002, p. 437. Cet arrêt a été critiqué par la majeure partie de la doctrine, laquelle a brillamment démontré que l'affirmation de la cour selon laquelle "lorsque le législateur introduit dans la loi sur les faillites une possibilité de déclarer la faillite excusable et que cette mesure ne profite ni à son conjoint ni à sa caution, il traite différemment des personnes tenues au règlement de mêmes dettes" (considérant B.6) était erronée, la cour ayant omis d'examiner tant la portée de l'excusabilité que la fonction spécifique des sûretés personnelles. Voy. notamment le commentaire de cet arrêt par C. LEBON, "Het Arbitragehof en de Reparatiwet Faillissement op hetzelfde spoor: borg en echtgenoot van de verschoonbaar verklaarde gefailleerde bevrijd", *R.W.* 2002-03, pp. 458 et s.

33. Dans l'arrêt précité du 28 mars 2002 (considérant B.11), la Cour d'arbitrage n'entendait en effet pas remettre en cause le principe selon lequel "l'institution de la caution implique qu'elle reste, en règle, tenue de son cautionnement lorsque le failli est déclaré excusable", se contentant de censurer le fait de "ne permettre en aucune manière qu'un juge puisse apprécier" s'il ne convient pas d'étendre les effets de la mesure d'excusabilité aux cautions et aux conjoints du failli.

34. L'introduction d'un tel système avait été envisagée par le législateur. Un amendement avait été déposé qui visait, notamment à subordonner la décharge de ces personnes à une décision du tribunal afin d'éviter notamment que "par l'effet d'une mesure automatique de décharge, on en arrive à déresponsabiliser les cautions et, plus grave encore, à dénier au cautionnement toute utilité économique" (projet de loi modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, la loi du 17 juillet 1997 relative au concordat judiciaire et le Code des sociétés, amendement n° 26, *Doc. parl.* Ch. session 2000-01, n° 50-1132/004, pp. 4-5). Cet amendement envisageait de fixer dans la loi le critère en fonction duquel le tribunal devrait apprécier dans quelle mesure il convenait d'étendre les effets de l'excusabilité aux cautions, lequel porterait sur l'examen par celui-ci de la question de savoir si, pour la caution, "l'exécution de son engagement est de nature à sérieusement aggraver ses conditions de vie".

35. Fr. T'KINT et W. DERIJCKE, "Une caution n'est pas l'autre: sévérité jurisprudentielle passée dans l'attente d'une bienveillance législative à venir (?)", *R.D.C.B.* 2002, pp. 411 et s.

36. Voy. les artt. 86 et 87 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites.

37. La caution qui s'est partiellement exécutée au cours de la liquidation n'est, conformément à l'art. 84 de la loi sur les faillites, pas admise à produire au passif de la faillite, ce droit étant réservé au créancier qui seul est autorisé à produire au passif pour le montant intégral de sa créance.

38. La caution qui s'est intégralement exécutée au cours de la liquidation se verra subrogée dans les droits du créancier sur pied de l'art. 209 du Code civil, en sorte qu'elle pourra éventuellement émettre un avis sur l'excusabilité du failli et percevoir toutes sommes revenant au créancier du chef de la créance admise au passif (Liège 18 juin 1963, *J.L.* 1963-64, p. 25; A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *Cautionnement en droit belge, Extrait du Complément V du Répertoire pratique du droit belge* 1978, Bruxelles, Bruylant, n° 323, p. 187), sans préjudice de son recours personnel.

Les cautions qui se sont exécutées postérieurement au jugement déclaratif de faillite se voient, dans certains cas, privées de la possibilité de produire la moindre créance au passif de faillite et, par là même, de donner un avis sur l'excusabilité du failli.

24. La Cour d'arbitrage a examiné la constitutionnalité de la différence de traitement qui résulte des dispositions légales en la matière entre les cautions qui ont payé avant la déclaration de faillite et celles qui ont payé après, dans son arrêt n° 76/2004 du 5 mai 2004⁴⁰. Elle a toutefois limité son examen au cas où, au moment du paiement par la caution, le créancier désintéressé n'a pas produit sa créance au passif de la faillite alors que le délai prévu à l'article 72 de la loi sur les faillites pour solliciter l'admission d'une créance est écoulé ou l'assemblée visée à l'article 79 de la loi sur les faillites a déjà eu lieu, seules hypothèses où, selon la cour, la question d'une éventuelle discrimination pourrait se poser.

Or, il existe une autre hypothèse dans laquelle la caution qui a payé le créancier après le jugement déclaratif de faillite sera privée de la possibilité d'émettre un avis sur l'excusabilité du failli: si la caution n'a payé que partiellement le créancier, elle ne pourra jamais produire à la faillite, même si le délai prévu à l'article 72 n'est pas échu. L'existence de ce cas de figure n'a toutefois pas été relevée par la Cour d'arbitrage.

25. Considérant que l'article 72 est conforme à l'objectif du législateur de permettre un règlement rapide et aisé de la procédure de faillite en incitant les créanciers à introduire leur déclaration dans un délai de maximum trois ans à dater du jugement de faillite, la cour décide que la distinction que crée ledit article entre les cautions suivant le moment où elles ont payé repose sur un critère objectif et pertinent, qui répond au but précité du législateur (considérants B.8 et B.9).

En ce qui concerne l'application de l'article 79 qui exclut que la caution qui a payé une dette après l'écoulement du

délai fixé à l'article 72 puisse donner son avis sur l'excusabilité, la cour l'écarte au motif que l'avis ne lie pas le tribunal. La cour ajoute que les créanciers disposent d'un recours en tierce-opposition contre la décision du tribunal relative à la clôture de la faillite et à l'excusabilité. Elle en conclut, à juste titre, que la disposition ne porte pas une atteinte disproportionnée aux droits des créanciers.

b) Recours contre le failli

26. Une autre question est de savoir dans quelle mesure le débiteur peut se prévaloir à l'égard de la caution de la déclaration d'excusabilité dont il a, par hypothèse, bénéficié et, partant, bloquer l'action récursoire de la caution à son encontre⁴¹.

Le législateur avait prévu, dans un premier temps, de régler le sort de la caution non libérée qui avait dû exécuter ses obligations à l'égard du créancier en prévoyant expressément que cette dernière conserverait son action récursoire contre le failli, nonobstant la déclaration d'excusabilité dont ce dernier aurait fait l'objet. Cette phrase a toutefois disparu du texte final de la loi laissant dès lors à la doctrine et à la jurisprudence le soin de résoudre cette épineuse question.

Dans la mesure où l'article 82 exclut tout recours du créancier contre le failli excusé, il ne fait aucun doute que ce droit doit également être refusé à la caution lorsqu'elle agit contre le failli en tant que subrogée dans les droits du créancier.

En revanche, lorsque la caution s'est exécutée postérieurement au jugement de faillite et qu'elle agit sur base de son recours personnel, celui-ci ne saurait, à notre sens, être tenu en échec par la déclaration d'excusabilité puisque, d'une part, la créance de la caution contre le débiteur principal ne naît qu'au moment du paiement et que, d'autre part, la déclaration d'excusabilité ne vise que les créances antérieures au jugement de faillite⁴².

³⁹. La situation évoquée à la note précédente sera différente si le créancier a omis de produire à la faillite dans le délai imparti par le tribunal et, partant, compromis le droit pour la caution d'émettre un avis sur l'excusabilité mais aussi de participer à une répartition. En une telle situation, la caution pourrait, suivant le cas d'espèce – nous ne pouvons envisager ici les diverses hypothèses qui peuvent se présenter – et en ce qui concerne la perte de son droit à avoir pu bénéficier d'une répartition invoquer l'art. 2037 du Code civil qui interdit en substance au créancier d'aggraver la situation de la caution en compromettant l'efficacité de son recours subrogatoire. Elle pourrait toutefois se voir reprocher sa propre négligence dans la mesure où l'art. 2032, 2°, du Code civil l'autorise, en cas d'inaction du créancier, à produire de son propre chef à la faillite.

⁴⁰. C.A., arrêt n° 76/2004, 5 mai 2004, *Cour d'Arbitrage-Arbitragehof* 2004, Brugge, Vanden Broele, p. 865; *M.B.* 19 juillet 2004, p. 55.952.

⁴¹. La caution dispose, en effet, à concurrence de ce qu'elle a payé, d'un recours basé sur le paiement qu'elle a effectué à la décharge du débiteur principal, lequel donne ouverture à deux actions différentes: l'action personnelle née des relations entre la caution et le débiteur principal fondée sur le mandat ou la gestion d'affaires (art. 2028 C.civ.) et l'action née de la subrogation légale "au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette, avait intérêt de l'acquitter" (art. 1251, 3°, C.civ.; voy. aussi art. 2029 C.civ.). La caution peut choisir de fonder son recours sur l'un ou l'autre de ces articles. En cas de faillite du débiteur principal, elle sera toutefois soumise, comme tout créancier, à la suspension des voies d'exécution.

⁴². Pour échapper à l'effet de décharge liée à l'excusabilité, la caution devra toutefois éviter de produire elle-même, à titre personnel, à la faillite. Il sera, par ailleurs, également fait exception à cette règle lorsque le recours de la caution contre le débiteur trouve sa source dans un contrat conclu entre eux – ce qui sera souvent le cas lorsqu'il s'agit de cautionnements professionnels – puisqu'en ce cas, force est de constater que même si la paiement effectué par la caution est postérieur au jugement déclaratif de faillite, la créance en résultant dans son chef doit être considérée juridiquement comme antérieure à celui-ci. Cette solution, qui a été consacrée par la Cour de cassation française (Cass. fr. 15 juillet 1999, *D.* 2000, p. 589), n'a toutefois pas encore trouvé écho chez nous. La majorité de la doctrine soutient, en effet, que l'excusabilité doit faire obstacle à l'action récursoire de la caution, invoquant notamment le fait que le texte de l'art. 82 met le failli à l'abri de tous ses créanciers, sans qu'une exception n'ait été prévue en faveur des cautions et que la solution contraire compromettrait le nouveau départ du failli et énerverait dès lors l'objectif du législateur (Civ. Hasselt, *A.J.T.* 2000-01, p. 555; G. DAL, *o.c.*; P. HENFLING, *o.c.*; A. FAYT, *o.c.*). La Cour d'arbitrage ne s'est jamais directement prononcée sur la question mais refuse, en tout cas, d'exclure l'existence d'un tel recours.

27. La Cour d'arbitrage, dans la procédure qui a conduit à son arrêt précité n° 76/2004 du 5 mai 2004, a été saisie, par le tribunal de première instance de Bruxelles de la question de savoir si l'ancien article 82⁴³ viole les articles 10 et 11 de la Constitution "*en ce qu'il établit une différence de traitement entre respectivement la caution qui a payé la dette au créancier avant la déclaration d'excusabilité du débiteur principal et la caution qui a payé la dette après la déclaration d'excusabilité du débiteur principal...*".

Il faut constater que la question est mal posée puisqu'elle part de la prémisse inexacte que seules les créances nées après la déclaration d'excusabilité sont exclues de celle-ci.

En indiquant dans son considérant B.14 que "*l'excusabilité porte exclusivement sur les dettes dans la masse qui subsistent après la clôture de la faillite*", la cour a bien limité aux créances existantes à la date du jugement déclaratif de faillite les effets de la mesure d'excusabilité. Elle considère qu'à la lumière de l'objectif du législateur, qui est de permettre au failli de reprendre ses activités sur une base assainie, cette circonstance se justifie. La cour aurait, au regard de la question, pu être davantage explicite dès lors que ne sera pas seulement exclue de l'excusabilité la caution qui a payé après le jugement d'excusabilité mais également celle qui ayant payé après la faillite décide d'exercer une fois celle-ci clôturée son recours propre en s'abstenant de produire au passif.

III. CONCLUSION

La loi dite de réparation recèle encore de nombreuses zones d'ombres. De nouveaux recours pourraient donc être introduits auprès de la Cour d'arbitrage.

Ainsi, cette dernière a déjà été saisie par le tribunal civil de Liège⁴⁴ d'une question relative au problème posé par l'absence de toute suspension des poursuites contre les cautions à titre gratuit et les conjoints du failli pendant les opérations de liquidation de la faillite⁴⁵.

La Cour d'arbitrage pourrait également être amenée à apprécier la constitutionnalité d'une des autres nouveautés de la loi du 4 septembre 2002, laquelle concerne l'instauration de deux exceptions au principe d'excusabilité totale qui prévalait sous l'empire de la loi du 8 août 1997⁴⁶.

Dans la mesure où, d'une part, les critères d'octroi de l'excusabilité sont relatifs à la manière dont le débiteur a géré l'activité commerciale et, d'autre part, les dettes étrangères à l'exercice de cette activité sont concernées par la mesure,

en raison du principe d'unicité du patrimoine, on peut légitimement s'interroger sur le caractère discriminatoire de ces exceptions.

La Cour d'arbitrage a, certes, consacré la légalité de l'existence d'un régime distinct pour les commerçants et les non commerçants⁴⁷. On peut toutefois se demander si se justifie que les créances qui ne relèvent pas de l'exercice de l'activité commerciale du failli subissent le régime applicable aux créances commerciales.

Cette réflexion repose la question de l'opportunité de l'introduction d'un régime d'excusabilité partielle, qui jusqu'à présent a toujours été rejetée⁴⁸.

La doctrine a également eu l'occasion de critiquer sévèrement l'absence de cohérence dont le législateur a fait montre en prévoyant d'étendre le bénéfice de l'excusabilité à certaines cautions du failli et à son conjoint co-débiteur solidaire, dans la mesure où ces mêmes personnes ne disposent pas de

⁴³. Depuis la modification législative, les cautions à titre gratuit seront libérées ensuite de la déclaration d'excusabilité du failli.

⁴⁴. Civ. Liège 21 janvier 2004, *J.L.M.B.* 2004/13, p. 561.

⁴⁵. Celle-ci pourrait en effet être de nature à rendre inutile toute libération ultérieure de ces débiteurs. Ceux-ci ont tenté de se prémunir contre les poursuites des créanciers en demandant à la juridiction devant laquelle ils ont été atraits de surseoir à statuer dans l'attente d'une décision par le tribunal de la faillite sur l'excusabilité du failli ou en invoquant l'existence d'un abus de droit dans le chef du créancier.

⁴⁶. L'art. 82, al. 3, prévoit désormais que ne sont pas affectées par la déclaration d'excusabilité les "dettes alimentaires du failli" et les "dettes qui résultent de l'obligation de réparer le dommage lié au décès ou à l'atteinte de l'intégrité physique d'une personne qu'il a causé par sa faute". Sous réserve de ces deux exceptions, toutes les dettes du failli antérieures au jugement déclaratif de faillite seront touchées par l'excusabilité.

⁴⁷. Dans un arrêt du 13 décembre 2000, elle a en effet décidé que la différence de traitement instaurée entre débiteurs insolubles selon qu'ils revêtent ou non la qualité de commerçant, ne présente aucun caractère discriminatoire dès lors qu'il y avait lieu de constater que, d'une part, "*l'insolvabilité d'un commerçant entraîne (...) des conséquences différentes de celles entraînées par la cessation de paiement d'un débiteur ordinaire*" et, d'autre part, "*le législateur a entendu régler dans une législation distincte le sort des débiteurs non commerçants qui ne peuvent honorer leurs dettes. Tel est l'objet de la loi du 5 juillet 1998 relative au règlement collectif de dettes [laquelle] institue un mécanisme qui, sans être identique au système de l'excusabilité introduit par l'article 82 de la loi du 8 août 1997, peut aussi aboutir, dans une certaine mesure, à une remise de dettes*" (C.A., arrêt n° 132/2000, 13 décembre 2000, considérants B.5 et B.6; sur cet arrêt, voy. le compte-rendu de C.-A. LEUNEN, in *R.D.C.B.* 2001, p. 130).

⁴⁸. L'introduction d'un tel régime dans la loi du 4 septembre 2002 avait toutefois été envisagée mais cette question avait divisé les parlementaires. Face aux critiques émises par une doctrine autorisée, le législateur a préféré y renoncer. Cette question avait, par ailleurs, déjà été évoquée dans le cadre d'un précédent arrêt de la Cour d'arbitrage, où avait été mise en cause la différence de traitement entre les créanciers selon que le failli avait ou non été déclaré excusable. Si la cour avait reconnu que les inconvénients résultant pour les créanciers de la déclaration d'excusabilité de leur débiteur sont plus sensibles pour certains d'entre eux que pour d'autres, elle avait cependant mis en garde le législateur contre toute tentative de moduler les effets de l'excusabilité en fonction de la qualité des créanciers touchés par celle-ci, considérant que "*s'il fondait sur cette idée des distinctions précisées dans la loi même ou une habilitation du juge à traiter différemment le créanciers, il créerait un risque d'arbitraire aussi grave que le mal auquel il tenterait de remédier*" [C.A., arrêt n° 113/2002, 26 juin 2002, considérant B.5).

la possibilité de bénéficier des mesures de faveur octroyées d'insolvabilité (concordat judiciaire et règlement collectif de dettes) au débiteur principal, dans le cadre d'autres procédures

SAMENVATTING

Het heropfrissen van de verschoonbaarheid is waarschijnlijk één van de grote innovaties van de Faillissementswet van 8 augustus 1997 geweest. Voor de eerste keer voerde de wetgever het idee in van de zogehete Fresh start. De bedoelingen van de wetgever waren wellicht loofwaardig maar gingen aanleiding geven tot talloze betwistingen omtrent de juiste draagwijdte van de nieuwe regeling.

Naast alle andere moeilijkheden die moesten worden opgelost, zijn er uit de nieuwe wet allerlei discriminaties voortgesproten, hetgeen aanleiding heeft gegeven tot een hele reeks arresten van het Arbitragehof die hier worden besproken.

De ontleden rechtspraak heeft allicht allerlei duistere punten opgeklaard maar, naar de toekomst toe, kan er worden verwacht dat het Arbitragehof nog meermaals de gelegenheid zal hebben om zich over deze zeer delicate aangelegenheid uit te spreken.