

# RECHTSLEER

## DOCTRINE

INSOLVENTIE / INSOLVABILITÉ

### Le point sur la libération des proches du débiteur failli ou sursitaire: en attendant Godot

*David Pasteger<sup>1</sup>*

<b>I. Introduction</b> .....	648
<b>II. Le sort du failli excusé et de ses proches</b> .....	649
<b>A. L'excusabilité du failli</b> .....	649
1. Le principe et sa <i>ratio legis</i> .....	649
2. Champ d'application .....	650
3. Conditions de l'excusabilité .....	650
4. Les effets de l'excusabilité à l'égard du failli .....	651
5. La procédure .....	652
<b>B. Les proches du failli excusé</b> .....	653
1. La libération du conjoint et des personnes assimilées .....	654
a. Le principe et sa <i>ratio legis</i> .....	654
b. Champ d'application .....	654
c. Conditions: autour de l'automatisme de la libération .....	656
d. Les effets de la libération: une étendue difficile à circonscrire .....	657
e. La procédure .....	663
2. La décharge de la sûreté personnelle à titre gratuit .....	663
a. Le principe et sa <i>ratio legis</i> .....	663
b. Champ d'application: la notion de sûreté personnelle .....	664
c. Conditions de la décharge .....	665
d. Les effets de la décharge .....	667
e. La procédure .....	667
3. La suspension des voies d'exécution .....	667
<b>III. Le sort des proches du débiteur sursitaire</b> .....	668
<b>A. Le sursis des proches et cautions du débiteur sursitaire</b> .....	669
<b>B. La décharge des proches du débiteur sursitaire après transfert intégral de son entreprise</b> .....	670
<b>IV. Conclusion</b> .....	672

#### RÉSUMÉ

*Depuis l'adoption de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, la question de l'excusabilité du failli n'a cessé de susciter la controverse. Au cours des dernières années, c'est la situation des proches du débiteur, à savoir son conjoint, son ex-conjoint ou son cohabitant légal, qui a principalement retenu l'attention des hautes juridictions. Une série de cinq décisions de la Cour de cassation, prononcées entre janvier 2010 et octobre 2013, à lire en parallèle des arrêts de la*

<sup>1</sup> Assistant à l'Université de Liège, avocat au barreau de Liège.

*Cour constitutionnelle des 21 mars et 13 juin 2013, est ainsi consacrée à circonscrire l'étendue précise de la libération de l'(ex-)conjoint ou cohabitant légal du failli. Leur examen, dont on verra qu'il ne permet malheureusement pas de lever toute ambiguïté, constitue le cœur de la présente contribution. Le sort du conjoint, et des personnes assimilées à celui-ci, étant par ailleurs inextricablement lié à la déclaration d'excusabilité du failli, on fera, au préalable, le point sur la procédure et les conditions qui conduisent à une telle déclaration, sans omettre d'évoquer également, afin de dresser un tableau complet de la situation des proches (au sens large) du failli, le régime de la décharge des personnes qui se sont engagées en qualité de sûretés personnelles de ce dernier. Enfin, par la réforme du 27 mai 2013 de la loi sur la continuité des entreprises, le législateur a choisi d'offrir aux proches du débiteur sursitaire une protection similaire à celle des proches du failli. Les dispositions, sibyllines, insérées à cette fin dans la loi du 31 janvier 2009, ne manquent toutefois pas de soulever, à leur tour, diverses interrogations.*

## SAMENVATTING

*Sinds de goedkeuring van de Faillissementswet van 8 augustus 1997 zorgde het leerstuk van de verschoonbaarheid voor veel controverse. De afgelopen jaren besteedden de hoogste rechtscolleges vooral aandacht aan het lot van de naasten van de schuldenaar; nl. de echtgenoot, de ex-echtgenoot en de wettelijke samenwonende partner. In een vijftal arresten van het Hof van Cassatie, gevelde tussen januari 2010 en oktober 2013, samen te lezen met twee arresten van het Grondwettelijk Hof van 21 maart en 13 juni 2013, werd de exacte draagwijdte van de bevrijding van de (ex-)echtgenoot of wettelijk samenwonende partner van de gefailleerde verder verduidelijkt. Voormelde rechtspraak, die spijtig genoeg niet alle discussies oplost, wordt in deze bijdrage onderzocht. Aangezien het lot van de echtgenoot en de daarmee gelijkgestelde personen onlosmakelijk verbonden is met de verschoonbaarheid van de gefailleerde, wordt eerst de procedure en de voorwaarden tot verschoonbaarverklaring besproken. Om een volledig beeld te krijgen van de situatie van de naasten van de gefailleerde (in ruime zin), wordt tevens aandacht besteed aan de bevrijdingsregels ten voordele van de kosteloze persoonlijke zekerheidsstellers. Tot slot komen de sibyllijnse bepalingen, toegevoegd aan de Wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van ondernemingen door de Wijzigingswet van 27 mei 2013, aan bod. De wetgever wenste met de invoering van deze bepalingen een gelijkaardige bescherming als bij faillissement te bieden aan de naasten van een schuldenaar die geniet van een opschorting van betaling. Deze nieuwe bepalingen roepen echter op hun beurt verschillende vragen op.*

## I. INTRODUCTION

1. S'il est un aspect du droit de la faillite qui, depuis la promulgation de la loi du 8 août 1997, a constamment évolué, entre coups de boutoir assénés par la Cour constitutionnelle au nom du principe d'égalité et lois de réparation, c'est incontestablement la question de l'excusabilité du failli et du sort de ses coobligés qui, comme le soulignait déjà Mme Inghels en 2007<sup>2</sup>, est « *sans doute une des matières qui a fait couler le plus d'encre* ». Ni la Cour constitutionnelle, qui s'est déjà penchée sur la question de l'excusabilité à près de 50 reprises, ni le législateur, qui a remis par 4 fois l'ouvrage sur son métier, ne sont toutefois parvenus à éliminer, loin s'en faut, toutes les aspérités qui parsèment le régime de l'excusabilité.

Récemment, c'est autour de l'étendue de la libération du conjoint du failli, de son ex-conjoint ou, depuis l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 18 novembre 2010<sup>3</sup>, de son cohabitant légal, que les débats se sont principalement resserrés, à la suite d'une série de cinq décisions de la Cour de cassation et de deux arrêts de la Cour constitutionnelle, prononcés entre janvier 2010 et octobre 2013. L'examen de ces diffé-

rents arrêts, dont les solutions apparaissent parfois difficilement conciliables, constitue le cœur de la présente contribution. Il permettra de faire le point sur le sort désormais réservé à l'(ex-)conjoint ou cohabitant légal du failli reconnu excusable (II.B.1.).

Depuis la modification de l'article 82 de la loi sur les faillites par la loi du 4 septembre 2002, la libération du conjoint du failli est intrinsèquement liée à la déclaration d'excusabilité de son époux. On ne pouvait donc dresser un tableau complet de la situation des proches du failli sans rappeler au préalable la procédure légale et les derniers développements jurisprudentiels relatifs à l'excusabilité du failli (II.A.). Par ailleurs, le constat que les proches du futur failli, afin de lui faciliter l'accès au crédit, s'engagent fréquemment en qualité de sûreté personnelle ou de codébiteur solidaire des obligations de ce dernier impose de s'arrêter également sur le régime de la décharge des sûretés personnelles (II.B.2.).

Enfin, par l'adoption de la loi du 27 mai 2013 réformant la loi sur la continuité des entreprises, le législateur a entendu

<sup>2</sup> B. INGHELIS, « Petite histoire d'une grande idée: l'excusabilité [en matière de faillite] », *R.D.C.*, 2007, p. 307.

<sup>3</sup> C.C., 18 novembre 2010, n° 129/2010, *Arr. C.C.*, 2010, p. 1983; *J.T.*, 2011, p. 124, note M. LEMAL.

conférer aux époux et proches du débiteur en sursis une protection similaire à celle dont bénéficie(nt) le conjoint (et les personnes assimilées) d'un débiteur failli. L'examen des dispositions insérées à cet égard dans la loi du 31 janvier 2009,

parfois sibyllines, forme la dernière partie de la présente contribution (III).

De brèves conclusions synthétiseront les enseignements ainsi dégagés (IV).

## II. LE SORT DU FAILLI EXCUSÉ ET DE SES PROCHES

2. Avant d'étudier le sort réservé au conjoint et, désormais, à l'ex-conjoint ou au cohabitant légal du failli, ainsi qu'aux personnes qui se sont engagées en qualité de sûreté personnelle, voire de codébiteur solidaire, de ce dernier (B), on rappellera les conditions et la procédure du régime de l'excusabilité organisé par la loi du 8 août 1997 sur les faillites (A).

### A. L'excusabilité du failli

3. L'excusabilité du failli est envisagée aux articles 80, 81 et 82 de la loi sur les faillites. Après avoir rappelé la *ratio legis* et les objectifs de ce régime de faveur (1), on tentera d'en circonscrire le champ d'application (2), avant d'en déterminer les conditions (3) et les effets (4). On étudiera, enfin, la procédure qui conduit à l'excusabilité et les dernières décisions jurisprudentielles publiées sur la question (5).

#### 1. Le principe et sa *ratio legis*

4. Avant la réforme du droit de la faillite, l'excusabilité constituait un simple « brevet platonique d'honnêteté »<sup>4</sup>, dépourvu de toute conséquence juridique<sup>5</sup>.

A l'occasion de la loi du 8 août 1997, le législateur aurait dès lors pu opter pour une suppression pure et simple du mécanisme de l'excusabilité<sup>6</sup>. Il a, au contraire, choisi de le maintenir en y attachant une conséquence capitale: l'exécution des créances existantes au jour de la déclaration d'excusabilité ne peut plus être poursuivie par les créanciers du failli. Ce dernier est ainsi en situation de reprendre des activités, le cas échéant commerciales, sur une base assainie.

5. La réforme ne vise toutefois pas à protéger uniquement les intérêts personnels du failli mais également, dans l'esprit du législateur de 1997, l'intérêt général<sup>7</sup>.

Inspiré par le droit américain<sup>8</sup>, le législateur a en effet estimé que, lorsque le failli a fait preuve de probité, aussi bien dans la gestion de son entreprise commerciale qu'au cours de la procédure de faillite, l'intérêt général commande de lui offrir l'opportunité de prendre un « *fresh start* », ou « nouveau départ », en vue de sa réinsertion dans le circuit économique. Désormais affranchi du solde du passif, le débiteur peut envisager sereinement une nouvelle activité professionnelle dont les revenus échapperont aux poursuites des créanciers qui n'ont pu être désintéressés par la procédure collective.

L'impact économique du *fresh start* n'a pas échappé à la Commission européenne qui, dans une communication du mois de décembre 2012 intitulée « Nouvelle approche européenne en matière de défaillances et d'insolvabilité des entreprises »<sup>9</sup>, identifiait cette « seconde chance » offerte aux entrepreneurs en difficulté comme une « action clef », propre à lutter contre l'actuelle crise économique et à améliorer le fonctionnement du marché intérieur. Dans sa récente recommandation du 12 mars 2014, qui tend notamment à « offrir une seconde chance, dans l'ensemble de l'Union, aux entrepreneurs honnêtes ayant connu la faillite »<sup>10</sup>, la Commission invite les Etats membres à mettre en place un mécanisme de réhabilitation des entrepreneurs faillis de bonne foi, offrant à ceux-ci, en substance, d'être pleinement libérés de leurs dettes au plus tard 3 ans à compter de la déclaration de faillite et « sans qu'une saisine de la juridiction compétente ne soit en principe nécessaire »<sup>11</sup>.

<sup>4</sup> *Doc. parl.*, Ch. Repr., 1991-1992, n° 631/001, p. 35.

<sup>5</sup> En effet, si l'art. 535 du Code de commerce épargnait le failli reconnu excusable de la contrainte par corps, cette mesure avait disparu depuis longtemps de l'ordre juridique belge.

<sup>6</sup> Pour les principales contributions récemment consacrées à l'excusabilité, voy., notamment: P. CAVENAILE et Th. CAVENAILE, « La situation du débiteur failli, du conjoint et des cautions dans la loi du 8 août 1997 sur les faillites », in C. BIQUET-MATHIEU (dir.), *Sûretés et procédures collectives*, Liège, Anthémis, C.U.P., vol. 100, 2008, pp. 101 et s.; E. VAN DEN HAUTE, « Les époux face à l'insolvabilité: quelle (in)sécurité juridique? », *Rev. dr. U.L.B.*, 2008, pp. 63 et s.; E. DIRIX, « Recente ontwikkelingen insolventierecht, beslagrecht en zekerheden », in *Insolventie- en beslagrecht*, Bruges, die Keure, 2010, pp. 1-22; B. MOUTON, « Bevrijding in het faillissementsrecht: overzicht en stand van zaken », *T. Fin. R.*, 2010, pp. 3-31.

<sup>7</sup> *Doc. parl.*, Ch. Repr., 1991-1992, n° 631/001, p. 35.

<sup>8</sup> S. BRUIS, « Fresh start en discharge ingevoerd in het Belgische insolventierecht: een tweede kans voor de wetgever », in *Mélanges Philippe Gérard*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 156 et s.

<sup>9</sup> Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social du 12 décembre 2012, doc. n° 52012DC0742. Voy. également la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil relatif aux procédures d'insolvabilité qui tend notamment à élargir le champ d'application du règlement aux procédures prévoyant la décharge des dettes des consommateurs et des indépendants qui ne satisfont pas aux critères de l'instrument actuel (voy. le nouveau considérant 9bis et les art. 1 et 2 de la proposition de règlement).

<sup>10</sup> Recommandation de la Commission du 12 mars 2014 relative à une nouvelle approche européenne en matière de défaillances et d'insolvabilité des entreprises, p. 2.

<sup>11</sup> *O.c.*, p. 10, n° 30.

## 2. Champ d'application

6. La *ratio legis* du mécanisme de l'excusabilité ainsi exposée, on comprend aisément que le bénéfice en est, depuis la loi de réparation de la loi sur les faillites adoptée le 4 septembre 2002, réservé aux seules personnes physiques – les personnes morales étant réputées dissoutes sans liquidation à la clôture de la procédure de faillite.

Interrogée sur la constitutionnalité de cette différence de traitement entre personnes morales et physiques, la Cour constitutionnelle a conclu à l'absence de violation du principe d'égalité<sup>12</sup>. Aux yeux de la Cour, l'objectif sous-tendu par le mécanisme de l'excusabilité, à savoir éviter le déclassement social et professionnel des personnes faillies en leur offrant l'opportunité d'un nouveau départ, justifie d'en exclure les personnes morales: « *si une personne physique peut se trouver exclue du circuit économique parce que la charge de ses dettes la dissuade de recommencer une activité commerciale, il n'en est pas de même d'une personne morale puisque, après sa faillite, son fonds de commerce peut faire l'objet d'une cession. Le souci de permettre 'un nouveau départ' peut, sans violer le principe d'égalité, être réservé aux personnes physiques.* »

7. Par ailleurs, l'ancien article 81, 2°, de la loi excluait d'office du bénéfice de l'excusabilité les faillis condamnés pour certaines catégories d'infractions pénales<sup>13</sup>. Cette disposition a été jugée contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution<sup>14</sup> et annulée par la Cour constitutionnelle<sup>15</sup>. La Cour reprochait notamment au texte législatif de ne pas permettre au tribunal qui statue sur l'excusabilité de vérifier si la condamnation encourue par le failli présente un lien quelconque avec l'activité commerciale exercée par ce dernier. L'exclusion automatique du bénéfice de l'excusabilité pour les faillis ayant été condamnés pénalement du chef de certaines infractions a, par conséquent, été abrogée par l'adoption de la loi du 20 juillet 2005, seconde loi de réparation de la loi sur les faillites.

8. Relevons enfin que rien ne s'oppose à ce qu'une déclaration d'excusabilité intervienne après le décès du failli<sup>16</sup>.

L'excusabilité posthume du failli permettra en effet à son (ex-)conjoint ou cohabitant légal de bénéficier de la libération prévue par l'article 82, alinéa 2, de la loi.

## 3. Conditions de l'excusabilité

9. Les conditions d'excusabilité des personnes physiques faillies sont énoncées par l'article 80, alinéa 2, de la loi. Depuis que cette disposition a été modifiée par la loi du 4 septembre 2002, le principe est le suivant: « *Sauf circonstances graves spécialement motivées, le tribunal prononce l'excusabilité du failli malheureux et de bonne foi.* » L'octroi de l'excusabilité est donc la règle et son refus, l'exception<sup>17</sup>; le tribunal ne peut s'en écarter qu'au prix d'une motivation adéquate.

10. Dans l'appréciation des circonstances graves qui excluent le failli du bénéfice de l'excusabilité, les tribunaux sont attentifs tant à la manière dont ce dernier a exercé son activité commerciale passée qu'au comportement qu'il a adopté pendant la procédure de faillite, notamment à la qualité de sa collaboration avec le curateur<sup>18</sup>.

Il s'agit, en somme, de vérifier que le failli ne s'est pas rendu coupable de « *faute grave ayant contribué à la faillite ou à l'aggravation du passif de la faillite* »<sup>19</sup> et qu'il demeure, en conséquence, « *digne de confiance* » en vue d'une nouvelle activité économique<sup>20</sup>. Ont ainsi, par exemple, été jugés comme justifiant le refus de l'excusabilité du failli, les circonstances suivantes: le fait de retarder l'échéance de la faillite grâce au crédit artificiel né du non-paiement systématique de la T.V.A.<sup>21</sup>, l'organisation frauduleuse d'insolvabilité du failli<sup>22</sup>, la création d'un passif important spécialement à cause de dépenses privées excessives aggravé d'un détournement de la clientèle au profit d'une société nouvellement créée et de la distraction d'une partie des actifs de la faillite<sup>23</sup>, le refus de renseigner le curateur sur le montant de la nouvelle rémunération du failli (les revenus du failli qui excèdent la quotité insaisissable étant en effet acquis à la masse de la faillite)<sup>24</sup>, l'absence de toute comptabilité aggravée de la poursuite prolongée d'une activité déficitaire<sup>25</sup> ou

<sup>12</sup> C.A., 30 juin 2004, n° 114/2004, *Arr. C.A.*, 2004, p. 1301.

<sup>13</sup> Les infractions visées par l'art. 489ter (détournement d'actif) ainsi que les infractions de vol, faux, concussion, escroquerie ou abus de confiance.

<sup>14</sup> Sur questions préjudicielles: C.A., 22 janvier 2003, n° 11/2003, *J.L.M.B.*, 2003, p. 944; C.A., 3 avril 2003, n° 39/2003, *Arr. C.A.*, 2003, p. 479.

<sup>15</sup> Sur recours en annulation: C.A., 11 février 2004, n° 28/2004, *Arr. C.A.*, 2004, p. 361.

<sup>16</sup> En ce sens, voy. Gand, 12 décembre 2005, *Juristenkrant*, 2006, p. 12, *N.J.W.*, 2006, p. 900, note P. COUSSEMENT; Mons, 22 décembre 2004, *R.R.D.*, 2005, p. 148; Comm. Gand, 21 septembre 2004, *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2005, p. 283.

<sup>17</sup> Mons, 30 janvier 2006, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1373; *J.T.*, 2006, p. 197. Voy. également Liège, 28 septembre 2006, *J.L.M.B.*, 2008, p. 15; Liège, 16 mars 2006, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1376; Liège, 10 février 2005, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1352.

<sup>18</sup> Anvers, 7 octobre 2010, *R.D.C.*, 2011, p. 586; Liège, 7 décembre 2006, *R.R.D.*, 2006, p. 451.

<sup>19</sup> I. VEROUGSTRAETE (coord.) e.a., *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 762.

<sup>20</sup> Mons, 3 juin 2013, *J.L.M.B.*, 2014, p. 45.

<sup>21</sup> Comm. Gand, 19 juin 2006, *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2006, p. 282. Voy. aussi Liège, 10 novembre 2005, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1361; Liège, 10 février 2005, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1352.

<sup>22</sup> Liège, 16 mars 2006, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1376.

<sup>23</sup> Comm. Charleroi, 30 janvier 2007, *J.L.M.B.*, 2008, liv. 1, 38.

<sup>24</sup> Liège, 7 décembre 2006, *R.R.D.*, 2006, p. 451.

<sup>25</sup> Mons, 15 décembre 2010, *J.L.M.B.*, 2011, p. 1679. Dans le même sens, voy. Anvers, 22 octobre 2009, *R.W.*, 2010-2011, p. 287; Liège, 20 septembre 2007, *J.L.M.B.*, 2009, p. 730.

encore la poursuite d'une activité lucrative occulte après la faillite<sup>26</sup>.

A l'inverse, le tribunal de commerce de Bruxelles<sup>27</sup> a récemment jugé que la circonstance qu'un failli a exercé occasionnellement une activité non déclarée et par conséquent frauduleuse, manifestement sans mesurer la gravité de ce comportement, n'est pas de nature à révéler une personnalité nuisible à la salubrité de la vie économique et, dès lors, à faire, en soi, obstacle à ce que le bénéfice de l'excusabilité lui soit accordé.

#### 4. Les effets de l'excusabilité à l'égard du failli

11. Suivant l'article 82, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi, « si le failli est déclaré excusable, il ne peut plus être poursuivi par ses créanciers ». Les dettes du failli qui n'auraient pas été intégralement apurées par la curatelle se voient donc, à défaut d'être purement et simplement effacées, placées à l'abri de toutes voies d'exécution mues par les créanciers. Il subsiste dans le chef du failli, tout au plus, une obligation naturelle pour le solde de ses dettes. En cas de paiement volontaire, il ne pourrait donc, par la suite, en exiger le remboursement<sup>28</sup>.

L'article 82, alinéa 3, de la loi sur les faillites précise toutefois que l'excusabilité est sans effet sur les dettes alimentaires du failli et celles qui résultent de l'obligation de réparer le dommage lié au décès ou à l'atteinte à l'intégrité physique d'une personne qu'il a causé par sa faute<sup>29</sup>. Par conséquent, à l'exception de celles visées par l'article 82, alinéa 3, toutes les dettes du failli, quelle que soit leur nature, en ce compris donc les dettes sociales et fiscales, sont affectées par la déclaration d'excusabilité. Le tribunal ne peut ainsi prononcer une excusabilité partielle, limitée à certaines créances<sup>30</sup>. De plus, l'excusabilité concerne aussi bien les dettes « professionnelles » ou « commerciales » du failli que ses dettes « privées » ou « civiles », comme par exemple une facture d'hospitalisation<sup>31</sup>.

En revanche, si le failli n'est pas déclaré excusable, les créanciers retrouvent, dès la clôture de la faillite, le droit d'exercer individuellement leurs actions sur ses biens.

12. La déclaration d'excusabilité concerne uniquement les dettes qui existent au moment de l'ouverture de la procédure de faillite<sup>32</sup>. Les dettes du failli, nées entre l'ouverture de la faillite et le jugement d'excusabilité, voire après celui-ci, ne sont donc pas affectées par l'interdiction des poursuites<sup>33</sup>. Ainsi, dans son arrêt du 5 octobre 2007, la Cour de cassation a fort logiquement estimé que les dettes de masse, nées par hypothèse après le jugement déclaratif de faillite mais avant la clôture de la faillite – en l'espèce il s'agissait de dettes de précompte immobilier relatives à deux exercices postérieurs à la faillite –, ne sont pas affectées par la déclaration d'excusabilité<sup>34</sup>.

13. Le failli déclaré excusable est en outre de plein droit, conformément à l'article 110 de la loi sur les faillites, réputé réhabilité. Il échappe ainsi aux différentes interdictions que la loi impose aux faillis non réhabilités.

14. Le législateur a également profité de la réforme de la loi du 20 juillet 2005 pour mettre fin à une controverse relative aux effets de l'excusabilité. En effet, l'article 82 de la loi, dans sa version issue de la loi du 4 septembre 2002, prévoyait que l'excusabilité « éteint les dettes du failli ».

La portée des termes « éteint les dettes du failli » a prêté à controverse. Une extinction des dettes paraissait, en bonne logique, avoir pour corollaire la « disparition » de celles-ci et, par voie de conséquence, l'extinction de plein droit de leurs accessoires (caution personnelle, gage ou hypothèque consentis par un tiers, etc.)<sup>35</sup>. Cependant, dans la mesure où le législateur avait limité le bénéfice de cette « extinction » au failli, à son conjoint et à certaines personnes s'étant portées caution à titre gratuit du failli, divers auteurs ont soutenu que l'« extinction des dettes » constituait une exception per-

<sup>26</sup>. Liège, 28 septembre 2006, *J.L.M.B.*, 2008, p. 15.

<sup>27</sup>. Comm. Bruxelles, 5 mars 2012, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1180.

<sup>28</sup>. Gand, 9 janvier 2012, *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2012, p. 116; Civ. Mons, 19 mai 2011, *R.G.C.F.*, 2012, p. 100.

<sup>29</sup>. Interrogée sur la conformité de cette exception au principe d'égalité, la Cour constitutionnelle a conclu à l'absence de violation, voy. C.C., 17 janvier 2008, n° 9/2008, *Arr. C.C.*, 2008, p. 79. Elle paraît du reste conforme à la recommandation de la Commission européenne (*o.c.*, p. 10, n° 30) qui précise que les Etats membres peuvent exclure de la règle de l'apurement des catégories spécifiques de créances, telles que celles issues d'une responsabilité délictueuse.

<sup>30</sup>. *Contra*, voy. Comm. Verviers, 21 décembre 2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 981, et la note critique de P. CAVENAILE.

<sup>31</sup>. C.C., 17 janvier 2008, n° 9/2008, *Arr. C.C.*, 2008, p. 79.

<sup>32</sup>. L'excusabilité concerne également les intérêts qui ont pu courir sur ces dettes. En effet, l'arrêt du cours des intérêts prévu par l'art. 23, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi sur les faillites ne concerne pas les créances garanties par un privilège spécial, par un nantissement ou par une hypothèque – lesquelles continuent donc à produire intérêts.

<sup>33</sup>. En ce sens, voy. J. WINDEY, « L'excusabilité du failli », *R.D.C.*, 1999, pp. 488-491; A. CUYPERS, « De verschoonbaarheid van de gefailleerde », *R.D.C.*, 2003, p. 272; A. DE WILDE, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Anvers, Intersentia, 2005, pp. 488-491; I. VEROUGSTRAETE (coord.) e.a., *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 760. *Contra*, voy. A. ZENNER, « Faillites et concordats 2002, la réforme de la théorie et sa pratique », in *Dossiers du J.T.*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 205; J.P. BRUGES, 25 février 2005, *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2005, p. 128; Comm. Nivelles, 30 octobre 2001, *R.D.C.*, 2001, p. 130.

<sup>34</sup>. Cass., 5 octobre 2007, R.G. n° F.06.0047.F, *Pas.*, 2007, p. 1709; *J.L.M.B.*, 2008, p. 11; *R.W.*, 2010-2011, p. 381. Voy. aussi Liège, 11 février 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1238; Civ. Gand, 7 mai 2013, *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2013, p. 266.

<sup>35</sup>. P. HENFLIG et J. WILLEMS, « Excusabilité du failli et décharge de la caution », in *Droit des faillites – Actualités 2005*, Liège, Ed. du Jeune Barreau, 2005, p. 33.

sonnelle, dont seules peuvent profiter les personnes précitées<sup>36</sup>, et en aucun cas les autres garants des obligations du failli.

En retournant à la formulation originale de la loi de 1997, la loi du 20 juillet 2005 a mis fin à cette controverse puisque l'article 82 de la loi prévoit désormais que le failli déclaré excusable « *ne peut plus être poursuivi par ses créanciers* ». Les accessoires de la dette ne sont donc pas affectés, à tout le moins de plein droit, par la déclaration d'excusabilité. Si cette question ne fait donc plus débat en ce qui concerne les conséquences pour le failli de son excusabilité<sup>37</sup>, on verra que le sort des accessoires conserve une certaine actualité en ce qui concerne la dette de l'(ex-)conjoint ou du cohabitant légal du failli, à propos duquel l'article 82, alinéa 2, de la loi indique qu'il est « libéré par l'effet de l'excusabilité »<sup>38</sup>.

## 5. La procédure

15. Avant l'adoption de la loi du 20 juillet 2005, la déclaration d'excusabilité ne pouvait intervenir qu'au jour de la clôture de la faillite. Désormais, l'article 80, alinéa 5, de la loi autorise le failli à demander au tribunal, après l'écoulement d'un délai de 6 mois à compter du jugement déclaratif de faillite, de statuer sur son excusabilité. Le failli n'est donc plus tenu de patienter jusqu'à la clôture de la faillite pour être fixé sur son sort.

L'objectif du législateur consiste à permettre, au plus vite, au failli excusable de « *se lancer dans une nouvelle activité indépendante ou travailler comme salarié sans craindre une saisie de ses recettes* »<sup>39</sup>, plutôt que de le voir attendre, parfois durant plusieurs années, que soit prononcée la clôture de la faillite.

16. Néanmoins, les nouveaux revenus professionnels du failli tombent, jusqu'à la clôture de la faillite, et en dépit d'une éventuelle déclaration d'excusabilité anticipée, dans l'escarcelle du curateur, en vertu du dessaisissement organisé par l'article 16 de la loi. Ils viennent donc enrichir, tant que la procédure n'est pas clôturée, l'actif de la faillite, à tout le moins pour tout ce qui excède la quotité insaisissable.

Un arrêt de la cour d'appel de Liège du 3 octobre 2013, publié dans le présent numéro, en offre une illustration intéressante. Un failli, déclaré excusable en mars 2006 dans le cadre de la procédure accélérée de l'article 80, alinéa 5, de la loi, hérite en octobre 2009 du patrimoine de son père. En juin 2011, alors que la faillite n'a pas encore été clôturée, le curateur apprend l'existence de la succession et exige que les biens qui la composent rejoignent la masse de la faillite. La cour ne manque pas de souligner que l'objectif poursuivi par le législateur au travers de l'adoption de la procédure d'excusabilité anticipée de l'article 80, alinéa 5, à savoir accélérer le « nouveau départ » du failli, entre en conflit avec le dessaisissement prévu par l'article 16 de la loi qui persiste, pour sa part, jusqu'à la clôture de la faillite. Comment, en effet, le failli peut-il, s'interroger à juste titre M. Vanmeenen<sup>40</sup>, prendre un « nouveau départ » s'il ne dispose, jusqu'à la clôture de la faillite, d'aucun bien? La cour d'appel de Liège conclut néanmoins qu'en l'état actuel des textes, la demande du curateur ne peut être écartée<sup>41</sup>.

Cette illustration met en exergue une autre singularité de la loi sur les faillites. Lorsque le débiteur failli rencontre l'objectif sous-tendu par la procédure d'excusabilité et retrouve, peu après sa faillite, une nouvelle activité professionnelle, ses revenus saisissables viennent donc enrichir l'actif de la faillite tant que celle-ci n'est pas clôturée. Le curateur n'agirait-il pas, en cette hypothèse, dans le meilleur intérêt de la masse des créanciers en ne procédant qu'avec atermolement aux opérations de liquidation de la faillite? En effet, plus le curateur tarde à rendre les comptes, plus l'actif se garnit des nouveaux revenus du failli et, le cas échéant, de la moisson d'une éventuelle succession. Or, aucun délai n'est imposé au curateur pour achever les opérations de liquidation<sup>42</sup>. Gageons néanmoins que, face à une telle inertie, le juge-commissaire – chargé, par l'article 35 de la loi, d'accélérer et de surveiller les opérations, la gestion et la liquidation de la faillite – ne manquera pas de rappeler le curateur à son devoir de gérer la faillite en bon père de famille<sup>43</sup>.

Cette situation peut par ailleurs apparaître en porte-à-faux avec la recommandation émise, le 12 mars 2014, par la Commission européenne au sujet de « la nouvelle approche en matière de défaillances et d'insolvabilité des entreprises »<sup>44</sup>. La Commission invite en effet les Etats

<sup>36</sup> En ce sens, voy. S. JACMAIN, note sous J.P. Bruges, 16 octobre 2003, *R.D.C.*, 2004, p. 626; G.-A. DAL, « L'excusabilité de la loi du 4 septembre 2002, réparation ou bricolage? », *J.T.*, 2003, p. 637; F. 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.*, 2002, p. 419; A. CUYPERS, « L'excusabilité du failli et la position de l'épouse et des cautions dans la loi de réparation sur les faillites », *R.D.C.*, 2003, pp. 267 et s., n° 36.

<sup>37</sup> Voy. Gand, 9 janvier 2012, *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2012, p. 116; Civ. Mons, 19 mai 2011, *R.G.C.F.*, 2012, p. 100.

<sup>38</sup> Voy. *infra*, n°s 33 et s.

<sup>39</sup> *Doc. parl.*, Ch. Repr., 2004-2005, n° 1811/7, p. 9.

<sup>40</sup> M. VANMEENEN, « Le nouveau régime en matière de décharge des personnes qui se sont constituées sûreté personnelle et d'excusabilité », *R.D.C.*, 2005, p. 889.

<sup>41</sup> Voy. aussi Mons, 15 décembre 2010, *J.L.M.B.*, 2011, p. 1679; Liège, 6 septembre 2011, 2010/RG/925, *inédit*, disponible à l'adresse suivante [www.juridat.be/tribunal\\_commerce/vervierviers/images/0609.0925.pdf](http://www.juridat.be/tribunal_commerce/vervierviers/images/0609.0925.pdf) et Liège, 5 juin 2012, 2011/RG/1307, *inédit*, disponible à l'adresse suivante [www.juridat.be/tribunal\\_commerce/vervierviers/images/0506.1307.pdf](http://www.juridat.be/tribunal_commerce/vervierviers/images/0506.1307.pdf).

<sup>42</sup> Voy. art. 79 de la loi.

<sup>43</sup> Art. 40 de la loi.

<sup>44</sup> *O.c.*, p. 10, n° 30.

membres à offrir aux entrepreneurs honnêtes ayant été déclarés en faillite le droit d'être réhabilités, c'est-à-dire pleinement libérés de leurs dettes, au plus tard 3 ans après le jugement déclaratif de faillite, en vue de bénéficier, au plus tôt, d'une « seconde chance ».

**17.** Que le failli fasse usage de la faculté inscrite à l'article 80, alinéa 5, de la loi ou qu'il patiente jusqu'à la clôture de la faillite, le tribunal statue sur l'excusabilité après avoir entendu le juge-commissaire présenter, en chambre du conseil, la délibération des créanciers et le rapport sur les circonstances de la faillite<sup>45</sup>. Le curateur et le failli sont également entendus en chambre du conseil sur l'excusabilité. Ensuite, le tribunal prononce, sauf circonstances graves spécialement motivées, l'excusabilité du failli malheureux et de bonne foi<sup>46</sup>.

La décision est susceptible de tierce opposition par citation donnée au curateur et au failli de la part de tout créancier, agissant individuellement, dans le mois de la publication du jugement prononçant l'excusabilité du failli. Dans la mesure où leur sort est directement lié à la décision d'excuser, ou non, le failli, l'(ex-)conjoint ou le cohabitant légal du failli peuvent également agir en tierce opposition contre une décision de refus<sup>47</sup>.

Le débiteur failli peut, pour sa part, exercer les voies de recours ordinaires contre la décision qui lui refuse le bénéfice de l'excusabilité. Elles sont dirigées contre le curateur<sup>48</sup>. Les délais d'opposition et d'appel commencent à courir après la notification au failli du jugement, prévue par l'article 80, alinéa 2, *in fine* de la loi<sup>49</sup>.

**18.** En ce qui concerne l'application de la loi dans le temps, la Cour de cassation a récemment<sup>50</sup> rappelé que la règle générale, suivant laquelle une nouvelle loi ne s'applique aux effets futurs des situations nées sous l'empire de la loi antérieure que dans la mesure où cette application ne porte pas atteinte à des droits irrévocablement fixés, vaut également en matière d'excusabilité. Ainsi, le débiteur dont la faillite a été clôturée avant l'entrée en vigueur de la loi du 8 août 1997, sans qu'il soit statué sur son excusabilité, ne peut bénéficier des effets que la loi de 1997 attache à la déclaration d'excusabilité. En effet, les créanciers ont, dès la clôture de la faillite, recouvré leurs droits de poursuite individuels. Une déclaration d'excusabilité qui interviendrait

postérieurement à la clôture de la faillite, sur pied de l'article 82 de la loi de 1997, ne pourrait porter atteinte aux droits de poursuite irrévocablement recouvrés par les créanciers.

Par un arrêt du 6 septembre 2013<sup>51</sup>, la Cour de cassation a confirmé cette jurisprudence en ce qui concerne la libération du conjoint d'un failli déclaré excusable. En l'espèce, le failli avait été déclaré excusable en l'an 2000, sous l'empire de l'article 82 de la loi du 8 août 1997 qui, avant sa modification par la loi du 4 septembre 2002, n'attachait à l'excusabilité aucune conséquence pour le conjoint du failli. La Cour a par conséquent cassé l'arrêt qui, en 2012, reconnaissait à l'épouse du failli excusé le bénéfice de la libération.

## B. Les proches du failli excusé

**19.** Suivant l'article 82, dans sa version issue de la loi du 8 août 1997, ni la caution, ni le conjoint du failli n'étaient, en dépit de l'excusabilité de ce dernier, libérés de leurs engagements. Par conséquent, déchu du droit de poursuivre le failli reconnu excusable, les créanciers ne manquaient pas de reporter leurs prétentions sur son conjoint ou sa caution, dont le patrimoine n'avait pas été obéré par la faillite, afin d'obtenir le paiement du solde de leurs créances.

Censurée par la Cour constitutionnelle dans un arrêt du 28 mars 2002<sup>52</sup>, cette situation a été réexaminée par le législateur. Ainsi, la loi du 4 septembre 2002 a mis en place un régime de libération du conjoint du failli et de décharge des personnes s'étant portées caution ou, plus largement, sûreté personnelle des obligations du failli. Entre réformes législatives, constats d'inconstitutionnalité et interprétation divergentes, la situation des proches et des cautions du failli a connu une évolution tumultueuse qui suscite encore, 12 ans après l'adoption de la loi de 2002, diverses interrogations.

Avant d'examiner les conditions auxquelles celui qui s'est porté sûreté personnelle des engagements du failli peut obtenir la décharge de son obligation (2), on examinera le sort du conjoint du failli dont l'étendue de la libération, intrinsèquement liée à l'excusabilité de son époux, a récemment suscité de vives controverses (1). On verra enfin dans quelle mesure les voies d'exécution à l'égard des proches du failli sont suspendues pendant la procédure de faillite (3).

<sup>45.</sup> Suivant la cour d'appel de Mons (21 mars 2011, *J.L.M.B.*, 2011, p. 1699), l'exigence de ce rapport n'étant pas prescrite à peine de nullité, son omission ne peut entraîner l'annulation du jugement.

<sup>46.</sup> Comp., en cas de procédure sommaire de clôture de la faillite pour insuffisance d'actif, à l'art. 73 de la loi.

<sup>47.</sup> C.C., 18 mai 2011, n° 87/2011, *Arr. C.C.*, 2011, p. 1519; Gand, 11 février 2013, *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2013, p. 123.

<sup>48.</sup> Anvers, 7 octobre 2010, *R.D.C.*, 2011, p. 586; Liège, 19 décembre 2005, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1371.

<sup>49.</sup> Liège, 27 novembre 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 63; Liège, 24 avril 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 605; Comm. Mons, 18 mai 2006, *R.D.J.P.*, 2007, p. 64.

<sup>50.</sup> Cass., 24 février 2012, R.G. n° C.11.0463.F, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1168 (qui casse Liège, 25 novembre 2010, *J.L.M.B.*, 2012, p. 166). Dans le même sens, voy. Liège, 14 mai 2013, 2012/RG/191, *inédit*, disponible à l'adresse suivante [www.juridat.be/tribunal\\_commerce/vervierviers/images/20130603095410638.pdf](http://www.juridat.be/tribunal_commerce/vervierviers/images/20130603095410638.pdf); Bruxelles, 29 novembre 2006, *J.L.M.B.*, 2008, p. 18. *Contra*, Liège, 20 novembre 2003, *J.L.M.B.*, 2004, p. 554, note P. CAVENAILE. Comp. Mons, 22 janvier 2007, *J.L.M.B.*, 2007, p. 977.

<sup>51.</sup> *Inédit*, R.G. n° C.12.0386.F. Dans le même sens, voy. Gand, 16 mars 2005, *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2005, p. 278.

<sup>52.</sup> C.A., 28 mars 2002, n° 69/2002, *Arr. C.A.*, 2002, p. 831.

## 1. La libération du conjoint et des personnes assimilées

20. La libération de l'(ex-)conjoint du failli ou de son cohabitant légal est prévue par l'article 82, alinéa 2, de la loi sur les faillites. Après avoir rappelé les motifs qui ont conduit le législateur à faire profiter le conjoint du failli du bénéfice de l'excusabilité (a), on s'arrêtera brièvement sur l'extension du champ d'application de la libération à l'ex-conjoint et, plus récemment, au cohabitant légal du failli (b), puis sur les conditions de la libération (c), avant de s'atteler à la délicate question de l'étendue de la libération, au regard des dernières décisions de nos plus hautes juridictions (d). L'examen de la procédure de libération clôturera ce chapitre (e).

### a. Le principe et sa ratio legis

21. Après 4 modifications en l'espace d'à peine 10 ans, dont la dernière a été portée par la loi du 18 juillet 2008, l'article 82, alinéa 2, de la loi sur les faillites dispose désormais que « *le conjoint du failli qui est personnellement obligé à la dette de son époux ou l'ex-conjoint qui est personnellement obligé à la dette de son époux contractée du temps du mariage est libéré de cette obligation par l'effet de l'excusabilité* ».

Comme se plaît à le répéter régulièrement la Cour constitutionnelle<sup>53</sup>, la *ratio legis* de l'extension du bénéfice de l'excusabilité au conjoint du failli, instaurée par la loi du 4 septembre 2002, ne réside pas dans la volonté d'éviter une discrimination sur le plan de la solidarité née du mariage. Elle tend uniquement à protéger le failli. L'interdiction des poursuites à charge du conjoint place, en effet, les revenus de la nouvelle activité du failli qui, en cas de communauté de biens viennent enrichir le patrimoine commun, à l'abri des créanciers. Le nouveau départ du failli s'en voit nettement facilité.

### b. Champ d'application

#### i. Le conjoint et l'ex-conjoint

22. La libération prévue par l'article 82, alinéa 2, de la loi profite, en premier lieu, au conjoint du failli, c'est-à-dire à la

personne qui, au jour où il est statué sur l'excusabilité, est uni au failli par mariage.

23. Demeurait incertaine, avant l'adoption de la loi du 18 juillet 2008, la situation de l'ex-conjoint du failli. Qu'advient-il en effet de la dette contractée par le conjoint du failli lorsque le mariage a été dissout entre le jour où la dette est née et celui où le tribunal statue sur l'excusabilité? Par son arrêt du 3 mars 2006, la Cour constitutionnelle répondait que l'objectif poursuivi par le législateur au travers du mécanisme de l'excusabilité, à savoir offrir au failli la possibilité d'un « nouveau départ », ne requiert nullement que cette protection soit étendue à l'ex-conjoint du failli. En effet, faute de patrimoine commun, les poursuites dirigées contre l'ex-conjoint ne sauraient atteindre les nouveaux revenus professionnels du failli. Dès lors que le fait d'écarter l'ex-conjoint du bénéfice de l'excusabilité ne retarde en rien le « *fresh start* » du failli, la Cour a jugé cette exclusion conforme au principe d'égalité<sup>54</sup>.

24. Cette opinion, quoique répétée à diverses reprises par la Cour<sup>55</sup>, n'a pas convaincu le législateur. Depuis l'adoption de la loi du 18 juillet 2008, l'article 82, alinéa 2, de la loi sur les faillites prévoit ainsi que « *l'ex-conjoint qui est personnellement obligé à la dette de son époux contractée du temps du mariage est libéré de cette obligation par l'effet de l'excusabilité* ».

La dette doit donc être née alors que les ex-conjoints étaient encore mariés. Par contre, peu importe que le divorce ait déjà été prononcé au jour de la déclaration de faillite<sup>56</sup>.

L'emploi des termes « dettes contractées » est peu heureux. Il laisse en effet à penser que seules les dettes d'origine contractuelle qui obligent l'ex-époux sont affectées par la libération. Pourtant, comme on le verra ci-dessous<sup>57</sup>, depuis la modification de l'article 82, alinéa 2, par la loi du 2 février 2005, il ne fait aucun doute que l'époux du failli est, par l'effet de l'excusabilité, libéré non seulement des dettes qu'il a contractées avec le failli mais également des dettes dont l'obligation découle non pas d'un engagement contractuel mais de l'effet d'une loi. On songe notamment à l'article 394, § 1<sup>er</sup>, du C.I.R. 92, en vertu duquel l'impôt ou la quotité de l'impôt relative au revenu imposable de l'un des époux peut être recouvré tant sur les biens communs que sur le patrimoine propre des conjoints. Or, on imagine difficile-

<sup>53</sup>. C.A., 3 mai 2006, n° 67/2006, *Arr. C.A.*, 2006, p. 815; C.A., 7 mars 2007, n° 37/2007, *Arr. C.A.*, 2007, p. 561; C.C., 17 janvier 2008, n° 9/2008, *Arr. C.C.*, 2008, p. 79; C.C., 17 janvier 2008, n° 3/2008, *Arr. C.C.*, 2008, p. 27. Et plus récemment, C.C., 18 mai 2011, n° 80/2011, *Arr. C.C.*, 2011, p. 1449; C.C., 18 mai 2011, n° 87/2011, *Arr. C.C.*, 2011, p. 1519; C.C., 21 mars 2013, n° 40/2013, *M.B.*, 23 mai 2013; *J.L.M.B.*, 2013, p. 968; *R.D.C.*, 2013, p. 468.

<sup>54</sup>. C.A., 3 mai 2006, n° 67/2006, *Arr. C.A.*, 2006, p. 815.

<sup>55</sup>. C.A., 7 mars 2007, n° 37/2007, *Arr. C.A.*, 2007, p. 561; C.C., 17 janvier 2008, n° 9/2008, *Arr. C.C.*, 2008, p. 79; C.C., 17 janvier 2008, n° 3/2008, *Arr. C.C.*, 2008, p. 27.

<sup>56</sup>. Liège, 22 septembre 2009, *R.R.D.*, 2009, p. 72. *Contra*, voy. Gand, 14 janvier 2008, *D.A.O.R.*, 2008, p. 234, note A. PEETERS; *N.J.W.*, 2008, p. 267, note G. SUPPLY et S. REMMERY et Comm. Tongres, 21 juin 2007, *Limb. Rechtsl.*, 2008, note B. WINDEY. Voy. aussi M. VANMEENEN, « Wet van 18 juli 2008 tot wijziging van artikel 82 Faill.W.: gevolgen van de verschoonbaarheid uitgebreid tot voormalige echtgenoten », *R.D.C.*, 2008, p. 931; C. AERTS, « Gevolgen van de verschoonbaarheid voor de partner van de gefailleerde: een drama in vele bedrijven », *T. Fam.*, 2009, p. 6.

<sup>57</sup>. Voy. *infra*, n° 33.

ment que le législateur ait entendu réserver un sort différent au conjoint du failli et à l'ex-conjoint du failli quant à l'étendue (dettes d'origine contractuelle ou légale) de leurs libérations respectives. Les travaux préparatoires de la loi incitent en effet à penser que le législateur visait à étendre, purement et simplement, le bénéfice de la libération du conjoint à l'ex-conjoint<sup>58</sup>. Par ailleurs, quoiqu'il soit particulièrement hasardeux d'oser pronostiquer, dans cette matière, la réponse que retiendrait la Cour constitutionnelle à une éventuelle question préjudicielle, une telle différence de traitement nous paraît pouvoir difficilement résister au test de constitutionnalité au regard de l'objectif de la loi de 2008<sup>59</sup>.

En outre, cette troisième réforme de l'article 82 de la loi a, sans surprise, suscité de nouvelles questions préjudicielles. D'une part, en refusant au cohabitant légal du failli le bénéfice de la décharge qu'elle offre au conjoint, la loi n'établissait pas une discrimination injustifiée (voy. *infra*, ii)? D'autre part, ne faut-il pas voir dans la nouvelle protection offerte à l'ex-conjoint du failli une évolution de la *ratio legis* de la loi, propre à remettre en cause le caractère automatique de la libération des époux du failli (voy. *infra*, c)? Ces questions sont successivement examinées dans les lignes qui suivent.

## ii. Le cohabitant légal

**25.** Si les modifications successives de l'article 82, alinéa 2, de la loi sur les faillites ont étendu les effets de l'excusabilité au conjoint et, plus récemment, à l'ex-conjoint, restait encore en suspens la situation du cohabitant légal du failli. Oublié par le législateur, le sort de ce dernier a été examiné par la Cour constitutionnelle dans un arrêt du 18 novembre 2010<sup>60</sup>.

La Cour entreprend d'abord une comparaison entre les caractéristiques respectives du mariage et de la cohabitation légale. Elle relève que le cohabitant légal, à l'instar du conjoint, contribue aux charges de la vie commune en proportion de ses facultés et supporte solidairement toute dette non excessive contractée par l'autre membre du couple pour les besoins de la vie commune<sup>61</sup>. Ainsi, en refusant au premier le bénéfice de la décharge qu'elle offre au second, la loi traite différemment deux catégories de personnes tenues aux

mêmes dettes. Faute d'étendre au cohabitant légal personnellement obligé à la dette du failli les effets de l'excusabilité, le législateur a donc, aux yeux de la Cour, créé une différence de traitement qui n'est pas raisonnablement justifiée.

La Cour constitutionnelle a ainsi prononcé un arrêt lacune<sup>62</sup>, précisant que le constat de lacune est exprimé en des termes suffisamment précis et complets pour permettre à la disposition en cause d'être appliquée dans le respect du principe d'égalité. La Cour invite donc explicitement les juges du fond à combler ce vide législatif, en octroyant au cohabitant légal d'un failli excusé la décharge prévue par l'article 82, alinéa 2, de la loi sur les faillites. Cette position a encore été confirmée par la Cour dans un arrêt du 13 juin 2013<sup>63</sup>.

**26.** Ainsi que le souligne M. Lemaal<sup>64</sup>, la décision surprend néanmoins par sa motivation. Pour mémoire, comme ne manque jamais de le rappeler la Cour, l'extension des effets de l'excusabilité au conjoint « a été instaurée non pour éviter une discrimination sur le plan de la solidarité née du mariage, mais parce que, en cas de communauté de biens, les revenus du failli d'une nouvelle activité professionnelle entrent dans le patrimoine commun (art. 1405, al. 1<sup>er</sup>, C. civ.). Les poursuites exercées sur les biens du conjoint par les créanciers du failli pourraient atteindre les revenus procurés par la nouvelle activité de celui-ci (...) »<sup>65</sup>. Or, s'il est exact que la cohabitation légale implique la solidarité des cohabitants pour toutes dettes non excessives contractées par un membre du couple en vue d'assouvir les besoins de la vie commune (art. 1477 C. civ.), elle ne comporte toutefois aucun patrimoine commun. Chaque cohabitant conserve les revenus de son travail (art. 1478, al. 1<sup>er</sup>, C. civ.).

Par conséquent, les poursuites exercées sur les biens du cohabitant par les créanciers du failli ne peuvent en aucun cas atteindre les revenus issus de la nouvelle activité de ce dernier. A cet égard, la situation du cohabitant légal est identique à celle de l'ex-conjoint du failli. Or, comme rappelé ci-dessus<sup>66</sup>, la Cour constitutionnelle avait refusé d'étendre à ce dernier le bénéfice de l'excusabilité, précisément au motif que les poursuites exercées à son encontre ne risquaient nullement d'appauvrir le failli.

<sup>58</sup>. *Doc. parl.*, Ch. Repr., 2007-2008, n° 1032/001, pp. 5-6.

<sup>59</sup>. Voy. la proposition de loi modifiant la loi sur les faillites en ce qui concerne l'excusabilité des ex-conjoints, déposée par R. TERWINGEN et consorts le 16 juin 2011, qui vise à étendre le bénéfice de l'excusabilité aux ex-conjoints du failli pour ce qui concerne les dettes imposées par la loi (*Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, doc. n° 53-1600/001).

<sup>60</sup>. C.C., 18 novembre 2010, n° 129/2010, *Arr. C.C.*, 2010, p. 1983; *J.T.*, 2011, p. 124, note M. LEMAL.

<sup>61</sup>. Comp. les art. 221 et 222 du Code civil à l'art. 1477, § 3 et § 4, du même code.

<sup>62</sup>. Sur la technique de l'arrêt lacune, voy. M. MELCHIOR et C. COURTOY, « L'omission législative ou lacune dans la jurisprudence constitutionnelle », *J.T.*, 2008, pp. 669 et s.

<sup>63</sup>. C.C., 13 juin 2013, n° 86/2013, *Arr. C.C.*, 2013, p. 1301; *Rev. not. belge*, 2013, p. 3078. Sur cette décision, voy. *infra*, n° 43.

<sup>64</sup>. M. LEMAL, « Le bénéfice de l'excusabilité étendu au cohabitant légal du failli », *J.T.*, 2011, p. 128, note sous C.C., 18 novembre 2010. Dans le même sens, voy. A.-C. VAN GYSEL, « Conjugalités belges entre incohérences et discriminations », in *Conjugalités et discriminations*, Limal, Anthémis, 2012, p. 154; J. LARUELLE, « La libération du partenaire du failli déclaré excusable: nouvelles déceptions pour les créanciers », *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 959; B. SCHEERS, « Verschoonbaarverklaring nu ook voor wettelijk samenwonenden », *N.F.M.*, 2011, p. 288.

<sup>65</sup>. Récemment, voy. C.C., 21 mars 2013, n° 40/2013, *J.L.M.B.*, 2013, p. 968; *R.D.C.*, 2013, p. 468.

<sup>66</sup>. Voy. *supra*, n° 23.

27. Depuis la réforme de la loi sur la continuité des entreprises intervenue par la loi du 27 mai 2013, le conjoint du débiteur en réorganisation judiciaire, son ex-conjoint ou son cohabitant légal bénéficie également, on le verra<sup>67</sup>, des effets du sursis accordé au débiteur (art. 33 et 69 de la loi du 31 janvier 2009), ainsi que de la décharge, similaire dans ses effets à l'excusabilité du failli, dont peut bénéficier le débiteur dont l'entreprise a été intégralement transférée (art. 70).

Ces différentes dispositions ajoutent toutefois que la protection ou la décharge qu'elles prévoient ne peut profiter au cohabitant légal dont la déclaration de cohabitation a été faite dans les 6 mois qui précèdent le dépôt de la requête en réorganisation judiciaire. Dans la mesure où aucune disposition équivalente n'existe en ce qui concerne le cohabitant légal d'un débiteur failli, dont la loi sur les faillites ne dit mot, force est de constater que la « mesure anti-abus » instaurée au travers de ce délai de 6 mois ne trouve pas à s'appliquer en matière de faillite.

28. Reste encore incertaine, faute de jurisprudence publiée sur cette question, la situation de l'ex-cohabitant légal du failli.

### *c. Conditions: autour de l'automatisme de la libération*

29. La loi ne prévoit aucune condition relative à la situation personnelle de l'(ex-)conjoint du failli pour sa libération. La libération est donc automatique lorsque le failli est déclaré excusable et impossible dans le cas contraire.

Le tribunal de commerce n'a d'ailleurs, en principe, pas à prendre en compte les conséquences de sa décision à l'égard de l'(ex-)conjoint du failli, lorsqu'il statue sur l'excusabilité. Les revenus, la situation patrimoniale, la probité de l'(ex-)conjoint n'entrent pas en considération. La loi sur les faillites n'offre même pas à ce dernier d'être entendu par le tribunal sur la question de l'excusabilité. Par conséquent, la libération de l'(ex-)conjoint reste, en définitive, liée à la seule circonstance que le failli, afin d'être excusé, ne se soit rendu coupable d'aucune « *faute grave ayant contribué à la faillite ou à l'aggravation du passif de la faillite* ».

30. On l'a déjà rappelé, la *ratio legis* de l'extension du bénéfice de l'excusabilité au conjoint du failli ne réside pas dans la volonté d'éviter une discrimination sur le plan de la solidarité née du mariage. Elle tend uniquement à protéger le failli. L'interdiction des poursuites à charge du conjoint place, en effet, les revenus de la nouvelle activité du failli qui, en cas de communauté de biens viennent enrichir le patrimoine commun, à l'abri des créanciers. Or, depuis la loi

du 18 juillet 2008, l'ex-conjoint du failli profite également du bénéfice de l'excusabilité de son ancien époux. Il en va de même, depuis l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 18 novembre 2010, de son cohabitant légal<sup>68</sup>. La volonté d'offrir au failli un nouveau départ étant impuissante, faute de patrimoine commun, à justifier ces nouveaux élargissements du champ de la décharge, certains ont cru y trouver la proclamation d'un droit propre de l'(ex-)conjoint à se voir déchargé des dettes du failli auxquelles il est personnellement tenus.

De là à revendiquer pour ce droit propre un caractère autonome, il n'y a qu'un pas qu'a franchi le tribunal de commerce de Charleroi en soumettant à la Cour constitutionnelle la question suivante: au moment de statuer sur l'excusabilité, le juge doit prendre en considération le comportement du failli, aussi bien du temps de son commerce qu'au cours de la procédure de faillite. La décharge du conjoint ou de l'ex-conjoint n'est donc pas exclusivement liée à l'attitude du failli pendant la durée du mariage mais également, le cas échéant, après le divorce. N'est-il pas, dès lors, contraire au principe d'égalité de subordonner le droit de décharge de l'époux ou de l'ex-époux à des circonstances sur lesquelles ce dernier a pu n'avoir aucune prise? Telle n'est pas l'opinion de la Cour constitutionnelle.

Dans son arrêt du 18 mai 2011<sup>69</sup>, la Cour commence par rappeler que l'objectif poursuivi par l'excusabilité, à savoir immuniser les nouveaux revenus du failli, ne requiert pas de protéger l'ex-conjoint. Si la loi du 18 juillet 2008 a étendu les effets de l'excusabilité à l'ex-conjoint, c'est uniquement par souci d'équité à l'égard de ce dernier. Cette commisération du législateur ne suffit pas à conférer au droit de décharge des (ex-)conjointes un caractère propre et autonome. Ainsi, « *le bénéfice de l'excusabilité est reconnu au failli en fonction d'éléments qui lui sont propres, l'appréciation de ceux-ci par le juge appelé à statuer est indépendante de ce que le conjoint ou l'ex-conjoint aurait ou non pu avoir prise sur ces [éléments] (...). Le bénéfice de l'excusabilité [ne peut être] conféré au failli en prenant en compte l'intérêt ou les prétentions du conjoint ou de l'ex-conjoint* ». La Cour conclut qu'en conférant à la décision sur l'excusabilité du failli un effet automatique sur la situation du conjoint, ou de l'ex-conjoint, l'article 82, alinéa 2, ne porte pas une atteinte discriminatoire aux droits des intéressés.

31. Faute d'un droit autonome, le conjoint ou l'ex-conjoint a néanmoins, poursuit la Cour, un intérêt propre à la question de l'excusabilité du failli. Répondant, dans la même décision, à une seconde question préjudicielle, la juridiction constitutionnelle déclare par conséquent que l'article 73, alinéa 5, de la loi, aux termes duquel « *la décision qui prononce l'excusabilité du failli est susceptible de tierce opposition*

<sup>67</sup>. Voy. *infra*, n<sup>os</sup> 65 et s.

<sup>68</sup>. Voy. *supra*, n<sup>o</sup> 25.

<sup>69</sup>. C.C., 18 mai 2011, n<sup>o</sup> 80/2011, *Arr. C.C.*, 2011, p. 1449; *R.D.C.*, 2012, p. 433, note J. EMBRECHTS.

par citation donnée au failli et au curateur de la part des créanciers individuellement », ne peut être interprété comme excluant le conjoint ou l'ex-conjoint du droit de pratiquer cette tierce opposition. Suivant la Cour, « en adoptant la loi du 18 juillet 2008 pour reconnaître à l'ex-conjoint le bénéfice des effets de l'excusabilité (...), le législateur lui confère – ainsi, désormais, qu'au conjoint –, un intérêt propre »<sup>70</sup> qui, comme celui des créanciers, peut être affecté par l'excusabilité. Ces derniers ont donc un intérêt, au sens des articles 17 et 1022 du Code judiciaire, à former un recours contre le jugement qui statue sur l'excusabilité.

**32.** Dans un second arrêt prononcé à la même date<sup>71</sup>, la Cour est à nouveau interrogée sur le caractère automatique de la décharge de l'(ex-)conjoint. La question préjudicielle invite cette fois à comparer la situation patrimoniale respective du failli et de son conjoint: le patrimoine propre du second est largement abrité par l'effet de la décharge, tandis que la protection du premier en cas d'excusabilité n'intervient qu'après dessaisissement et réalisation intégrale de son patrimoine en vue de désintéresser les créanciers. Le fait d'offrir à l'(ex-)conjoint un rempart similaire à celui dont bénéficie le failli n'est-il pas, compte tenu du sort distinct réservé par la faillite à leurs patrimoines respectifs, source de discrimination? La Cour se limite à répondre que l'excusabilité offerte au failli est une faveur, qui n'a cependant ni pour portée ni pour but de remettre en cause la faillite ou ses effets, y compris le dessaisissement et la réalisation des biens du failli. Elle clôt ensuite le débat par ces mots: « le failli et son conjoint (...) se trouvent, compte tenu de la qualité de commerçant du failli, dans des situations essentiellement différentes qui justifient [la différence de traitement examinée] ». La question préjudicielle appelle donc une réponse négative; aucune discrimination n'est constatée.

#### *d. Les effets de la libération: une étendue difficile à circonscrire*

**33.** Après la réforme du 4 septembre 2002, l'article 82, alinéa 2, prévoyait que « 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 ». Dans la mesure où ce texte n'envisageait la libération qu'à l'égard des dettes pour lesquelles le conjoint s'est personnellement obligé, on considérait que, pour toutes les hypothèses où le conjoint du

failli était personnellement obligé à la dette du failli par l'effet d'une loi, c'est-à-dire sans avoir effectué aucune démarche positive dans ce but, il ne pouvait être libéré par jeu de l'excusabilité. La Cour constitutionnelle avait estimé, dans un arrêt du 12 mai 2004, cette situation contraire au principe d'égalité<sup>72</sup>. Elle a jugé que l'article 82 de la loi, ainsi rédigé, violait les articles 10 et 11 de la Constitution, en ce que le conjoint du failli déclaré excusable restait tenu au paiement de la dette d'impôt afférente au précompte immobilier pour l'habitation familiale ou à l'impôt des personnes physiques. La Cour ayant réaffirmé sa position dans un arrêt du 12 janvier 2005<sup>73</sup>, le législateur a dû revoir le texte de l'article 82 de la loi sur les faillites, ce qu'il fit en adoptant la loi du 2 février 2005.

Le nouveau texte est, à une lettre près, identique à l'ancien. Jouit désormais de la libération l'(ex-)conjoint du failli qui « est personnellement obligé à la dette de son époux ». Cette intervention du législateur a donc écarté toute incertitude quant au sort des dettes auxquelles le conjoint est obligé, non en raison d'un engagement contractuel, mais par l'effet de la loi. Le législateur pourrait néanmoins, on le verra<sup>74</sup>, avoir ressuscité, à rebours, cette ancienne discrimination à l'occasion de la réforme, par la loi du 27 mai 2013, de la loi du 31 janvier 2009 sur la continuité des entreprises. En effet, l'article 33, § 2, de la loi étend le bénéfice du sursis au conjoint, à l'ex-conjoint ou au cohabitant légal du débiteur en réorganisation judiciaire, en précisant toutefois que cette protection concerne les proches qui sont, « par les effets de la loi », coobligés à la dette du débiteur en sursis. Les dettes « contractuelles » des proches du débiteur paraissent ainsi échapper au sursis.

Relevons aussi que, même si la question suscite parfois encore le débat<sup>75</sup>, la libération du conjoint s'étend, de plein droit, à l'engagement de ce dernier en qualité de sûreté personnelle du failli. La nature gratuite ou « onéreuse » de l'engagement est, à cet égard, indifférente<sup>76</sup> puisqu'il s'agit, en tout état de cause, d'une dette du failli à laquelle son époux est « personnellement obligé » au sens de l'article 82, alinéa 2, de la loi<sup>77</sup>.

**34.** Récemment, c'est autour d'autres termes de l'article 82, alinéa 2, que les controverses se sont concentrées. Cette disposition prévoit, en effet, qu'est libéré par l'effet de l'excusabilité le conjoint (ou l'ex-conjoint) qui est personnellement « obligé à la dette de son époux » failli. Par

<sup>70.</sup> Sur la contradiction interne que comporte cette décision de la Cour entre les attendus B.14. et B.9., voy. A.-C. VAN GYSEL, *o.c.*, p. 152.

<sup>71.</sup> C.C., 18 mai 2011, n° 87/2011, *Arr. C.C.*, 2011, p. 1519.

<sup>72.</sup> C.A., 12 mai 2004, n° 78/2004, *Arr. C.A.*, 2004, p. 879.

<sup>73.</sup> C.A., 12 janvier 2005, n° 6/2005, *Arr. C.A.*, 2005, p. 61.

<sup>74.</sup> Voy. *infra*, nos 65 et s.

<sup>75.</sup> Voy. par exemple la proposition de loi J. George, déposée le 16 septembre 2010 qui vise, notamment, à modifier l'art. 82, alinéa 2, de la loi pour préciser que l'excusabilité du failli ne libère pas le conjoint (et personnes assimilées) de son engagement en qualité de caution (*Doc. parl.*, Ch., sess. extr., 2010, doc. n° 53-0167/001).

<sup>76.</sup> Sur la décharge des sûretés personnelles constituées à titre gratuit, voy. *infra*, nos 48 et s.

<sup>77.</sup> En ce sens, voy. F. GEORGE et C. MUSCH, « Développement récents en matière de garanties mobilières et de cautionnement » in *L'entreprise en difficulté*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 115.

conséquent, la libération a-t-elle pour effet d'éteindre toutes dettes pour lesquelles le failli et son conjoint sont coobligés ou bien est-elle, au contraire, limitée aux seules « dettes propres au failli », à savoir celles qu'il « a souscrites en raison de tout avantage qu'il entend obtenir, à titre personnel, de son engagement »<sup>78</sup>?

Partant du constat que l'article 82 de la loi n'offre de libérer le conjoint que dans le cas où il est personnellement obligé « à la dette de son époux », certains ont estimé que cette disposition laisse intactes les dettes du failli qui concernent directement le conjoint, c'est-à-dire celles dont il pourrait incomber à ce dernier de supporter tout ou partie du poids au stade du recours contributoire<sup>79</sup>. Suivant Mmes Biquet-Mathieu et Notarnicola, « pour que le conjoint soit libéré du seul fait de l'excusabilité du failli, il faut qu'il s'agisse d'une dette du failli pour laquelle il est engagé – contractuellement ou légalement, peu importe – en qualité de tiers garant, par exemple comme caution ou codébiteur non concerné par la dette »<sup>80</sup>. Ainsi, le conjoint serait libéré du seul fait de l'excusabilité si, et seulement si, la dette « concerne » uniquement le failli, au sens où ce terme est employé par l'article 1216 du Code civil. A l'inverse, le conjoint du failli ne pourrait jouir de la décharge si l'affaire pour laquelle la dette a été contractée le concernait également.

Cette thèse fait écho à l'interprétation dégagée par la Cour constitutionnelle dans son arrêt du 12 mai 2004<sup>81</sup> et répétée à plusieurs reprises<sup>82</sup>: « la règle de l'excusabilité porte sur les dettes propres au failli. L'extension des effets de l'excusabilité au conjoint du failli qui [est] personnellement obligé à la dette du failli (...) se situe dans le prolongement de cette règle. Ils ont certes souscrit une obligation propre de caution, mais cette obligation ne porte pas sur le paiement d'une dette propre, mais sur la liquidation d'une dette du débiteur principal failli ».

Au cours des quatre dernières années, la Cour de cassation, à cinq reprises (voy. *infra*, i, ii et iv), et la Cour constitutionnelle, par deux fois (voy. *infra*, iii), se sont penchées sur l'étendue des effets de la libération du conjoint du failli.

### **i. Le sort des dettes fiscales afférentes aux revenus du conjoint du failli: les arrêts de la Cour de cassation des 14 janvier et 20 mai 2010**

**35.** La question a été envisagée par la Cour de cassation, pour la première fois, dans un arrêt du 14 janvier 2010<sup>83</sup>. L'épouse d'un failli, reconnu excusable, était en proie à une saisie-exécution commandée par l'administration fiscale pour récupérer l'impôt des personnes physiques, établi au nom des deux conjoints, mais limité à la quotité afférente aux revenus de l'épouse.

Conformément à l'article 394, § 1<sup>er</sup>, du C.I.R. 1992, l'impôt ou la quotité de l'impôt relative au revenu imposable de l'un des époux peut être recouvré tant sur les biens communs que sur le patrimoine propre des conjoints. L'épouse du failli estimait que, dans la mesure où le recouvrement de l'impôt afférent à ses revenus peut être poursuivi sur le patrimoine de son conjoint, il s'agissait bien d'une « dette du failli » au sens de l'article 82, alinéa 2, de la loi sur les faillites. Elle invoquait donc sa libération. La Cour de cassation n'a pas retenu cette interprétation. Reprenant à son compte l'analyse dégagée par la Cour constitutionnelle<sup>84</sup>, l'arrêt du 14 janvier 2010 commence par indiquer que « la déclaration d'excusabilité ne concerne que les dettes propres du failli », avant de juger que la partie de l'impôt relative à l'activité de l'épouse ne constitue pas une dette propre du failli, même si elle peut être recouvrée sur le patrimoine propre de ce dernier. Elle conclut que l'excusabilité n'a pas pour effet de libérer le conjoint du failli de cette dette d'impôt.

**36.** Saisie quelques mois plus tard d'une espèce similaire, la Cour de cassation a confirmé cette position. Aux termes d'une motivation en tous points identique à celle précédemment développée, l'arrêt du 20 mai 2010<sup>85</sup> dispose qu'« en matière de dettes fiscales, la déclaration d'excusabilité concerne uniquement les dettes fiscales propres du failli ». Il ajoute immédiatement que « la quotité de l'impôt afférent aux revenus imposables du conjoint contribuable du failli ne constitue pas une dette fiscale propre du failli dont répond le conjoint du failli, mais constitue une dette dont répond personnellement le non-failli, même si, en vertu de l'article 394, § 1<sup>er</sup>, du C.I.R. 1992, avant la déclaration d'excusabilité, cette dette pouvait être recouvrée tant sur le patrimoine com-

<sup>78</sup> Voy. les conclusions de M. l'avocat général Th. WERQUIN avant Cass., 24 février 2011, *Pas.*, 2011, p. 653.

<sup>79</sup> Lorsque l'affaire pour laquelle la dette a été contractée ne concernait pas un seul des coobligés, mais plusieurs codébiteurs, celui qui a payé dispose d'un recours contributoire à l'égard des autres (art. 1213 et 1214 C. civ. et art. 1216, *a contrario*, du même code).

<sup>80</sup> C. BIQUET-MATHIEU et S. NOTARNICOLA, *o.c.*, p. 85. En ce sens, voy. également M. DEBUCQUOY, « De wet van 20 juli 2005: koppel verschoonbaarheid & bevrijding uit elkaar », *T.R.V.*, 2006, p. 453; Gand, 17 décembre 2007, *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2008, p. 225; Civ. (sais.) Termonde, 12 septembre 2006, *R.W.*, 2006-2007, p. 1686; Civ. Gand, 30 mars 2010, *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2010, p. 286; Trib. trav. Courtrai, 16 décembre 2011, *R.W.*, 2012-2013, p. 28.

<sup>81</sup> C.A., 12 mai 2004, n° 78/2004, *Arr. C.A.*, 2004, p. 879; *M.B.*, 30 août 2004; *R.D.C.*, 2004, p. 876, note J. WINDEY et K. DRIESEN; *N.J.W.*, 2004, p. 1134, note M. TISON; *R.W.*, 2004-2005, p. 658, note M. VANMEENEN.

<sup>82</sup> Voy. C.A., 12 janvier 2005, n° 6/2005, *Arr. C.A.*, 2005, p. 61; *M.B.*, 11 mars 2005; C.A., 11 mai 2005, n° 91/2005, *Arr. C.A.*, p. 1169; *M.B.*, 15 juin 2005; *R.W.*, 2005-2006, p. 620, note A. DE WILDE.

<sup>83</sup> Cass., 14 janvier 2010, R.G. n° C.08.0503.N, *Pas.*, 2010, p. 157; *R.D.C.*, 2010, p. 640; *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2010, p. 292; *T.F.R.*, 2010, p. 640, note G. GOOSSENS.

<sup>84</sup> C.A., n° 78/2004, 12 mai 2004, *Arr. C.A.*, 2004, p. 879; *R.D.C.*, 2004, p. 876, note J. WINDEY et K. DRIESEN; *N.J.W.*, 2004, p. 1134, note M. TISON; *R.W.*, 2004-2005, p. 658, note M. VANMEENEN.

<sup>85</sup> Cass., 20 mai 2010, R.G. n° F.09.0088.N, *Pas.*, 2010, p. 1590; *F.J.F.*, 2011, p. 101.

mun que sur les biens propres des deux conjoints »<sup>86</sup>. La Cour confirme donc que la libération du conjoint ne porte que sur les dettes propres au failli, c'est-à-dire celles pour lesquelles son époux n'est engagé qu'en qualité de tiers garant « non concerné par la dette ». Elle a toutefois pris soin d'ajouter que cet enseignement concerne la matière des dettes fiscales.

La lecture combinée de ces deux décisions conduit à l'interrogation suivante: la Cour de cassation a-t-elle entendu limiter à la seule matière fiscale l'hypothèse où l'époux du failli se voit refuser le bénéfice de la libération, au motif que la dette en cause n'est pas propre au failli mais constitue une dette qui concerne personnellement son conjoint? Ou bien le principe dégagé par la Cour est-il plus général et conduit-il à écarter du bénéfice de la libération toutes les dettes qui « concernent » le conjoint du failli? Trois décisions prononcées ultérieurement par la Cour de cassation les 24 février 2011, 8 juin 2012 et 18 octobre 2013 semblent toutefois marquer, sur cette question, un revirement de jurisprudence, qui incite à opiner en faveur d'une troisième hypothèse.

## ii. Le sort du crédit contracté par les époux pour financer un bien commun ou un bien propre au conjoint du failli: les arrêts de la Cour de cassation des 24 février 2011 et 8 juin 2012

37. Dans l'affaire jugée le 24 février 2011<sup>87</sup>, la créance en cause concernait un crédit destiné à financer l'acquisition de la maison d'habitation d'un couple. En garantie du crédit, l'épouse du futur failli avait consenti, avec sa mère, une hypothèque sur un immeuble dont la nue-propriété appartenait à la première tandis que la seconde, usufruitière, y résidait. Les actifs de la faillite, y compris la réalisation de l'immeuble d'habitation des époux, n'avaient pas suffi à désintéresser la banque. Cette dernière a donc choisi de poursuivre l'apurement du solde par la mise en œuvre de son droit d'hypothèque sur l'immeuble donné en garantie par l'épouse du failli. Le failli ayant été reconnu excusable, l'épouse estimait que son patrimoine propre était désormais à l'abri des poursuites. La banque rétorquait, dans la ligne de la doctrine de Mmes Biquet-Mathieu et Notarnicola<sup>88</sup>, que la libération du conjoint est limitée aux seules « dettes du failli » pour lesquelles son époux s'est engagé en qualité de tiers garant, par exemple comme caution ou comme codébiteur non concerné personnellement par la dette. En l'espèce, le crédit consenti par la banque avait notamment permis

l'acquisition de l'immeuble d'habitation des époux. Les obligations litigieuses avaient donc été contractées par l'épouse, non pas comme tiers garant, mais en qualité de codébitrice « concernée » par la dette.

La cour d'appel de Liège<sup>89</sup> avait estimé que la dichotomie, proposée par la banque, entre les dettes qui concernent l'époux du failli et celles qui ne le concernent pas, ne ressort nullement du texte de l'article 82 de la loi: « la décharge est générale, la loi ne prévoyant pas d'exception, que ce soit pour le cas où la dette est également propre au conjoint ou pour le cas où la dette n'a pas été contractée à des fins strictement professionnelles. »<sup>90</sup>. Aux termes d'une motivation laconique, la Cour de cassation a confirmé cette décision, estimant que l'application de l'article 82, alinéa 2, de la loi du 8 août 1997 « s'étend à l'hypothèse où le conjoint du failli est codébiteur avec celui-ci d'une dette contractée avant la faillite par les deux époux et dont le conjoint du failli est dès lors personnellement tenu ».

Ainsi, l'arrêt du 24 février 2011 paraît nettement contredire l'enseignement traditionnel, dégagé par la Cour constitutionnelle, et apparemment adopté par la Cour de cassation dans ses arrêts, précités, des 14 janvier 2010 et 20 mai 2010. Faut-il dès lors voir dans l'arrêt du 24 février 2011 un revirement de jurisprudence et considérer, désormais, qu'entrent dans le champ de la décharge toutes les dettes qui peuvent être recouvrées sur le patrimoine du failli? Dans cette optique, la « cause » de la dette serait indifférente pour l'application de l'article 82, alinéa 2, de la loi sur les faillites. Le conjoint serait ainsi libéré, que la dette « concerne » ou non le failli.

38. C'est en ce sens que s'est à nouveau prononcée la Cour de cassation dans un arrêt du 8 juin 2012<sup>91</sup>. Le cas d'espèce concernait également une créance hypothécaire. L'épouse du failli avait souscrit un emprunt afin de racheter la part indivise de sa sœur dans l'immeuble commun, recueilli dans la succession de leurs parents. L'immeuble en question, par ailleurs affecté en hypothèque en vue de garantir le crédit, appartenait donc au patrimoine propre de l'épouse du failli. Pour sa part, le failli avait souscrit à l'emprunt en qualité de codébiteur solidaire. Ce dernier ayant par la suite été déclaré en faillite puis excusable, son épouse s'estimait déchargée de l'obligation de payer le solde du crédit hypothécaire. Confirmant son arrêt du 24 février 2011, la Cour commence par répéter que l'article 82, alinéa 2, de la loi du 8 août 1997

<sup>86</sup>. Les motifs de l'arrêt du 14 janvier 2010 ne diffèrent de ceux de l'arrêt du 20 mai 2010 que par l'ajout, dans cette dernière décision, des termes mis en évidence.

<sup>87</sup>. Cass., 24 février 2011, R.G. n° C.10.0322.F, *Pas.*, 2011, p. 653, concl. T. WERQUIN; *J.L.M.B.*, 2011, p. 1673, note P. CAVENAILE; *R.D.C.*, 2011, p. 879, note D. PASTEGER.

<sup>88</sup>. *O.c. Voy. supra*, n° 34.

<sup>89</sup>. Liège, 24 février 2009, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1345.

<sup>90</sup>. En ce sens, voy. aussi Liège, 2 octobre 2008, *J.L.M.B.*, 2010, p. 348; Mons, 21 février 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1241; Gand, 2 janvier 2008, *N.J.W.*, 2008, p. 264, note G. SUPPLY et S. REMMERY. En doctrine, voy. B. VANERMEN, « Actualia fiscaal executierecht », in *Insolventie- en beslagrecht*, la Charte, 2010, p. 124; J. DU MONGH et C. DECLERCK, « Secundair huwelijksvermogensstelsel », in *Patrimonium 2009*, Anvers, Intersentia, 2009, p. 21. Comp. A DE WILDE, « Verschoonbaarheid en bevrijding in het faillissementsrecht: een schone lei voor de wetgever », *R.W.*, 2005-2006, p. 607.

<sup>91</sup>. Cass., 8 juin 2012, R.G. n° C.11.0080.F, *Pas.*, 2012, p. 1322, concl. T. WERQUIN; *J.L.M.B.*, 2012, p. 1367.

« s'étend à l'hypothèse où le conjoint du failli est codébiteur avec celui-ci d'une dette contractée avant la faillite par les deux époux et dont le conjoint du failli est dès lors personnellement tenu », avant d'ajouter que la règle vaut « même si cette dette a été souscrite au profit du patrimoine propre du conjoint ».

La Cour saisit néanmoins l'occasion de cette affaire pour soumettre la question préjudicielle suivante à la Cour constitutionnelle: l'article 82 de la loi sur les faillites résiste-t-il au principe d'égalité en ce qu'il traite d'une manière identique le créancier d'un conjoint qui s'est borné à se porter garant des engagements personnels du failli, sans en retirer un bénéfice pour son patrimoine propre, et le créancier d'un conjoint qui a contracté cette dette, conjointement ou solidairement avec le failli, au profit de son patrimoine propre, privant dans les deux hypothèses le créancier de ses droits de poursuite contre le conjoint? La réponse a été apportée par un arrêt de la Cour constitutionnelle du 21 mars 2013.

### iii. Les arrêts de la Cour constitutionnelle des 21 mars et 13 juin 2013

39. Après avoir souligné que, dans l'arrêt *a quo*, le failli excusé et son conjoint sont mariés sous le régime de la communauté légale et que le crédit octroyé aux époux permettait l'acquisition, par le conjoint, d'un bien propre, l'arrêt du 21 mars 2013<sup>92</sup> indique que la Cour limite son examen à cette hypothèse. Elle rappelle ensuite, comme de coutume, que l'extension des effets de l'excusabilité au conjoint n'a pas été instaurée pour éviter une discrimination sur le plan de la solidarité née du mariage mais parce que, en cas de communauté de biens, les revenus de la nouvelle activité professionnelle du failli enrichissent le patrimoine commun. Les poursuites exercées sur les biens du conjoint pourraient ainsi atteindre les revenus procurés par la nouvelle activité du failli. La Cour juge ensuite que « la circonstance que la dette conjointe au failli et à son conjoint a été contractée pour l'acquisition, par le conjoint, d'un bien propre est à cet égard sans incidence puisque le recours ouvert aux créanciers porte aussi sur le patrimoine commun des époux »<sup>93</sup>.

L'arrêt écarte par ailleurs, de manière explicite, la doctrine suivant laquelle seules les dettes propres au failli, à savoir celles qui ne concernent pas son conjoint au sens de l'article 1216 du Code civil, sont affectées par la libération: « la circonstance que le conjoint serait tenu, en vertu de l'article 1216 du Code civil, de toute la dette vis-à-vis de l'autre codébiteur, failli excusé, est aussi sans incidence. » Changeant son fusil d'épaule par rapport à sa jurisprudence antérieure<sup>94</sup>, la Cour affirme ainsi que la cause de la dette est

indifférente. Le régime de la libération du conjoint s'applique donc indistinctement, que la dette résulte d'un emprunt destiné à financer les activités commerciales du failli, l'acquisition d'un bien commun du couple ou même l'achat d'un bien propre du conjoint non failli.

40. L'état du droit s'en trouverait clarifié si, du moins, la Cour n'avait pas poursuivi sa décision, en indiquant que « la circonstance que le créancier d'une dette contractée dans l'intérêt de son patrimoine propre par un conjoint soumis à un régime de séparation de biens et par l'époux failli excusé peut poursuivre le recouvrement de sa créance sur le patrimoine du conjoint, alors que le créancier d'une dette contractée dans les mêmes conditions par un conjoint soumis à un régime de communauté de biens ou au régime légal ne peut pas poursuivre un tel recouvrement, n'est pas de nature à rendre injustifiée la mesure en cause dès lors qu'une telle différence de traitement résulte du choix de leur régime matrimonial par les époux ». Par cet attendu pour le moins opaque, la Cour jette une ombre supplémentaire sur la question de l'étendue des effets de la libération du conjoint<sup>95</sup>.

Pour la première fois, à notre connaissance, la Cour constitutionnelle envisage le régime de la séparation de biens au regard de l'article 82, alinéa 2, de la loi sur les faillites. Elle compare ainsi la situation de deux couples dont le membre failli a contracté, conjointement ou solidairement avec son époux, une dette dans l'intérêt exclusif du patrimoine propre de ce dernier. Le premier couple est soumis au régime de la communauté ou au régime légal, tandis que le second a choisi la séparation de biens.

Dans la première hypothèse, la Cour constate que le créancier ne peut pas atteindre le patrimoine propre du failli, en raison de l'excusabilité de ce dernier, mais que le patrimoine commun, *via* les poursuites dirigées contre le conjoint, lui est potentiellement accessible. Dans ce cas, la décision laisse entendre que l'époux du failli doit, conformément à l'impératif de protection du patrimoine commun, être libéré de la dette par l'effet de l'article 82, alinéa 2, de la loi. Cet enseignement est cohérent avec la jurisprudence précédemment évoquée. C'est lorsqu'elle aborde la seconde hypothèse que la Cour surprend. Le couple étant séparé de biens et le patrimoine propre du failli demeurant inaccessible au créancier par l'effet de l'excusabilité, l'attendu précité laisse entendre que le conjoint ne pourrait pas, dans ce cas, prétendre à la libération. Ainsi, dans la mesure où les nouveaux revenus professionnels du failli ne sont pas menacés par les poursuites exercées sur le seul patrimoine propre de son époux, il n'y aurait pas lieu de décharger le conjoint. En d'autres termes, le critère d'application de l'article 82, alinéa

<sup>92</sup> C.C., 21 mars 2013, n° 40/2013, *Arr. C.C.*, 2013, p. 655; *J.L.M.B.*, 2013, p. 968; *R.W.*, 2013-2014, p. 387.

<sup>93</sup> Pour une évaluation critique de cet attendu à la lumière du droit des régimes matrimoniaux, voy. J. LARUELLE, *o.c.*, p. 958. Voy. aussi A. AYDOGAN, « De partnerbescherming na de verschoonbaarverklaring van de gefailleerde handelaar: verleden, heden en toekomst », *T. Not.*, 2013, pp. 500 et s. Comp. B. MOUTON, « Bevrijding echtgenoten na faillissement », *N.J.W.*, 2010, p. 262.

<sup>94</sup> Voy. *supra*, n° 34.

<sup>95</sup> Comp. J. LARUELLE, *o.c.*, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 958.

2, de la loi dérogé par la Cour constitutionnelle serait le suivant: si les poursuites exercées contre le conjoint du failli permettent d'atteindre le patrimoine commun du couple, alors le conjoint doit bénéficier de la libération. Est-ce à dire que le conjoint du failli marié sous le régime de la séparation des biens ne pourrait, quant à lui, jamais bénéficier d'une telle libération? Cette différence de traitement, à en croire la haute juridiction, n'énervait pas le principe d'égalité dans la mesure où elle résulte du choix, par les époux, de leur régime matrimonial. Elle serait par ailleurs cohérente avec la *ratio legis* de la règle de l'excusabilité qui tend à protéger les nouveaux revenus professionnels du failli. Faute d'un patrimoine commun, les poursuites exercées contre le conjoint ne pourraient entraver le nouveau départ du failli.

41. Il nous semble toutefois difficile de souscrire à une telle interprétation. D'abord, la Cour précise, à l'entame de sa décision, que son examen est limité à l'hypothèse d'un couple marié sous le régime de la communauté. Ensuite, soutenir que la portée de la libération varie suivant le régime matrimonial adopté par le couple paraît d'autant plus critiquable que l'ex-conjoint du failli ou son cohabitant légal<sup>96</sup>, pour lesquels il ne peut également être question d'obérer le patrimoine commun, bénéficient désormais de la libération. Or, par son arrêt du 18 novembre 2010<sup>97</sup>, c'est la même Cour constitutionnelle qui a jugé contraire au principe d'égalité le refus d'accorder au cohabitant légal du failli le bénéfice de la libération. Enfin, et peut-être surtout, le texte de l'article 82, alinéa 2, de la loi ne comporte aucune référence au régime matrimonial des époux et doit par conséquent s'appliquer indifféremment à tous les couples mariés, y compris donc aux couples séparés de biens<sup>98</sup>. On ne peut raisonnablement penser que la Cour, sans avoir recours à la technique de l'arrêt lacune ou interprétatif, ait adopté une lecture *contra legem* de l'article 82, alinéa 2, de la loi<sup>99</sup>.

42. Le dernier attendu de l'arrêt du 21 mars 2013 ne laisse pas de surprendre également. Avant de conclure que la question préjudicielle appelle une réponse négative, la décision ajoute encore que « *le législateur a, par ailleurs, pu raisonnablement considérer que le juge qui, pour déclarer le failli excusable, est amené à prendre en compte l'ensemble des éléments de la situation de celui-ci, tient compte de l'enga-*

*gement conjoint ou solidaire pris par le failli pour garantir une dette commune contractée en vue de permettre à son conjoint d'acquérir un bien propre* ».

Faut-il y lire une invitation, adressée aux juges du fond, à prendre en considération, au moment de statuer sur l'excusabilité du failli, les conséquences d'une telle faveur sur les créanciers de son époux? Ce serait pour le moins étonnant<sup>100</sup> dans la mesure où, pour rappel, le législateur de 2002 avait réduit à portion congrue le pouvoir d'appréciation du juge sur cette question<sup>101</sup>. L'article 80, alinéa 2, de la loi dispose en effet que, « *sauf circonstances graves spécialement motivées, le tribunal prononce l'excusabilité du failli malheureux et de bonne foi* ». Ces circonstances graves ont progressivement été définies par la jurisprudence comme « *toute faute ayant contribué à la faillite ou à l'aggravation du passif de la faillite* ». M. Verougstraete enseigne à cet égard qu'« *il n'est pas requis que cette faute présente un lien direct avec les créanciers. Le texte ne prévoit en tous cas pas l'obligation pour le tribunal de mettre en balance le droit du failli avec les intérêts des créanciers* »<sup>102</sup>.

43. La Cour a néanmoins reproduit un attendu similaire dans son arrêt du 13 juin 2013<sup>103</sup>. Dans cette affaire, une banque avait consenti un prêt hypothécaire souscrit solidairement par deux cohabitants légaux. Le crédit était destiné à financer la rénovation d'un bien immobilier appartenant à un seul des membres du couple. L'autre cohabitant avait par la suite été déclaré en faillite. La Cour est à nouveau interrogée sur l'existence d'une éventuelle discrimination qui consiste à offrir au cohabitant légal du failli le bénéfice de la décharge, sans avoir égard au fait que la dette en cause, qui lie solidairement le failli excusé et son cohabitant, a été contractée au profit exclusif du patrimoine propre de ce dernier.

La Cour commence par rappeler qu'en vertu de son arrêt lacune du 18 novembre 2010<sup>104</sup>, le cohabitant légal personnellement obligé à la dette du failli bénéficie désormais d'une libération identique à celle offerte au conjoint. Elle indique ensuite que les motifs qui, dans l'arrêt du 18 novembre 2010, ont justifié l'extension du bénéfice de l'excusabilité au cohabitant légal du failli conservent leur pertinence lorsque la dette commune au failli et à son cohabitant légal a été contractée pour la transformation, par le

<sup>96</sup>. Voy. *supra*, n° 22 et s.

<sup>97</sup>. C.C., 18 novembre 2010, n° 129/2010, *Arr. C.C.*, 2010, p. 1983; *J.T.*, 2011, p. 124, note M. LEMAL.

<sup>98</sup>. P. et T. CAVENAILE, *o.c.*, p. 125; A.-C. VAN GYSEL, *o.c.*, p. 156. Voy. aussi A. AYDOGAN, *o.c.*, p. 496; E. GOOSSENS, « *Verschoonbaarheid leidt nu ook tot bevrijding van de wettelijk samenwonende: een brug te ver?* », *T. Not.*, 2011, p. 211; M. VANMEENEN, « *Actualia faillissementsrecht* », in CBR (ed.), *CBR Jaarboek 2012-2013*, Anvers, Intersentia, 2013, pp. 353-354, n° 90.

<sup>99</sup>. Pour un plaidoyer en faveur d'une telle interprétation, voy. toutefois A. AYDOGAN, *o.c.*, pp. 501 et s.

<sup>100</sup>. Dans le même sens, voy. M. VANMEENEN, « *Actualia faillissementsrecht* », in CBR (ed.), *CBR Jaarboek 2012-2013*, Anvers, Intersentia, 2013, p. 354, n° 90.

<sup>101</sup>. Voy. *supra*, n° 10.

<sup>102</sup>. I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 62; J. LARUELLE, *o.c.*, p. 959. Comp. C.C., 18 mai 2011, n° 80/2011, *Arr. C.C.*, 2011, p. 1449. Dans cet arrêt, la Cour constitutionnelle indiquait en substance que « *le bénéfice de l'excusabilité [ne peut être] conféré au failli en prenant en compte l'intérêt ou les prétentions du conjoint ou de l'ex-conjoint* ».

<sup>103</sup>. C.C., 13 juin 2013, n° 86/2013, *Arr. C.C.*, 2013, p. 1301; *Rev. not. belge*, 2013, p. 3078.

<sup>104</sup>. Voy. *supra*, n° 25.

cohabitant légal, d'un bien dont il est le seul propriétaire. La Cour conclut enfin, reproduisant ainsi les étonnants motifs de l'arrêt du 21 mars 2013, que « *le législateur a, par ailleurs, pu raisonnablement considérer que le juge qui, pour déclarer le failli excusable, est amené à prendre en compte l'ensemble des éléments de la situation de celui-ci, tient compte de l'engagement conjoint ou solidaire pris par le failli pour garantir une dette conjointe ou solidaire contractée en vue de permettre à son cohabitant légal de transformer un bien dont il est seul propriétaire* ».

#### iv. L'arrêt de la Cour de cassation du 18 octobre 2013: le sort de la garantie hypothécaire

44. Par son arrêt du 8 juin 2012, examiné ci-dessus, la Cour de cassation était, pour rappel, saisie de l'espèce suivante: l'épouse du failli avait souscrit un emprunt afin de racheter la part indivise de sa sœur dans l'immeuble commun, recueilli dans la succession de leurs parents. L'immeuble en question, qui avait affecté en hypothèque en vue de garantir le crédit, appartenait donc au patrimoine propre de l'épouse du failli. La Cour de cassation avait dit pour droit que la libération du conjoint concerne également la dette commune des époux qui a été conclue au profit exclusif du patrimoine propre du conjoint du failli. Elle avait toutefois pris soin d'interroger la Cour constitutionnelle sur l'éventuelle discrimination qui résulte d'une telle interprétation de l'article 82, alinéa 2, de la loi, laquelle en avait confirmé la constitutionnalité par décision du 21 mars 2013.

Restait à trancher la question du sort de la garantie hypothécaire consentie par l'épouse du failli sur un immeuble qui appartenait donc en propre à cette dernière. Le créancier hypothécaire soulignait, à juste titre, que la dette du failli n'est nullement éteinte par la déclaration d'excusabilité mais ne peut simplement plus subir de recouvrement forcé. L'excusabilité laisse donc intacts les accessoires de la dette, en ce compris l'inscription hypothécaire. Peu importe, soutenait en conséquence la banque, que le conjoint soit, pour sa part, « libéré » par l'effet de l'excusabilité en vertu de l'article 82, alinéa 2, de la loi; la survie de la dette du failli, et par corollaire de ses accessoires, suffit à maintenir en force la garantie hypothécaire. Dans son arrêt du 18 octobre 2013<sup>105</sup>, la Cour de cassation a, une fois de plus, écarté les prétentions du créancier. Elle a dit pour droit que la libération prévue par l'article 82, alinéa 2, de la loi « *s'étend à l'hypothèque consentie sur un de ses biens propres par le conjoint du failli, en garantie des engagements de ce dernier* ». Si la Cour de cassation n'a pas pris la peine de répondre aux arguments de la banque, sa décision se comprend néanmoins aisément. La réalisation de la garantie suppose nécessairement de poursuivre le débiteur failli ou son épouse. Or, par le jeu de l'excusabilité, le premier ne peut

plus être poursuivi du chef de la créance garantie tandis que la seconde en est libérée. La solution retenue par la Cour eût sans aucun doute été différente si l'hypothèque avait été consentie, en garantie de la dette des conjoints, par un tiers affectant hypothécaire.

#### v. En conclusion

45. Il ressort de la lecture des arrêts de la Cour de cassation des 24 février 2011 et 8 juin 2012 que le conjoint du failli, même « concerné » au premier chef par la dette du failli, est libéré de celle-ci par l'effet de l'excusabilité. La Cour a en effet admis l'application de l'article 82, alinéa 2, de la loi dans l'hypothèse d'emprunts, contractés solidairement par les conjoints, dont les fonds ont été utilisés pour financer l'acquisition d'un immeuble commun ou encore pour transformer un bien appartenant au patrimoine propre de l'époux du failli. Pour sa part, la Cour constitutionnelle a explicitement écarté la doctrine qui suggérait de limiter le bénéfice de la libération du conjoint aux dettes qui, au sens de l'article 1216 du Code civil, concernent exclusivement le failli<sup>106</sup>. En outre, la Cour de cassation a confirmé, dans son arrêt du 18 octobre 2013, que la libération s'étend à l'hypothèque consentie par le conjoint, en garantie des engagements communs au failli et à son époux, sur un bien propre de ce dernier.

En d'autres termes, la « cause » de la dette du failli ou, s'il s'agit d'un crédit, la destination des fonds empruntés paraissent indifférentes. Peu importe que la dette ait été contractée en vue de l'enrichissement du patrimoine propre du failli, du patrimoine commun du couple ou du patrimoine propre du conjoint. Par conséquent, pour qu'une dette soit « *une dette du failli* » au sens de l'article 82, alinéa 2, de la loi, il suffirait – en bonne logique et comme le laisse par ailleurs entendre l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 21 mars 2013 – que cette dette grève le patrimoine du failli.

46. Différents points demeurent toutefois à éclaircir.

D'abord, les créances fiscales font-elles exception au principe ainsi dégagé? Les arrêts de la Cour de cassation des 10 janvier et 20 mai 2010 permettent de le penser. La Cour avait en effet refusé de libérer le conjoint du failli de la quotité de l'impôt afférent à ses propres revenus. Pourtant, en vertu de l'article 394, § 1<sup>er</sup>, du C.I.R. 1992, l'impôt ou la quotité de l'impôt relative au revenu imposable de l'un des époux peut être recouvré tant sur les biens communs que sur le patrimoine propre des conjoints. Pour mémoire, la Cour avait estimé que cette dette d'impôt n'est pas une « dette du failli » au sens de l'article 82, alinéa 2, de la loi, dans la mesure où seules les « dettes propres au failli » seraient visées par cette disposition. Or, la partie de l'impôt relative à l'activité du conjoint ne constituerait pas une « dette propre

<sup>105</sup>. Cass., 18 octobre 2013, R.G. n° C.110080.F, *J.L.M.B.*, 2014, p. 27. Dans le même sens, voy. Liège, 24 février 2009, *J.L.M.B.*, 2009, p. 651; Mons, 21 décembre 2012, *J.L.M.B.*, 2013, p. 982. *Contra*, voy. Gand, 19 octobre 2011, *N.J.W.*, 2012, p. 645, note J. DEL CORRAL; *R.G.D.C.*, 2014, p. 31.

<sup>106</sup>. Voy. *supra*, n° 39.

au failli », quand bien même elle peut être recouvrée sur le patrimoine propre de ce dernier. Ces arrêts paraissent toutefois difficilement compatibles avec les décisions prononcées ultérieurement. La Cour de cassation, à l'instar de la Cour constitutionnelle dans ses arrêts des 21 mars et 13 juin 2013, a en effet abandonné toute référence au caractère « propre » de la dette du failli. S'il est exact que ces dernières décisions concernaient un crédit hypothécaire plutôt qu'une créance fiscale, on voit mal dans quelle mesure la quotité de l'impôt afférent aux revenus du conjoint du failli diffère, du point de vue de l'obligation à la dette, de l'emprunt contracté solidairement par un couple pour l'acquisition ou la transformation d'un bien commun aux époux ou même propre à l'un d'eux<sup>107</sup>. Dans l'un comme dans l'autre cas, ne s'agit-il pas de « dettes du failli », au sens de la loi du 8 août 1997, dès lors qu'elles peuvent être recouvrées sur le patrimoine de ce dernier?

Se pose ensuite la question de savoir s'il y a lieu, au moment de statuer sur la libération du conjoint, d'avoir égard au régime matrimonial choisi par les époux? Un attendu de l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 21 mars 2013 semble le suggérer. La Cour laisse entendre qu'au regard de l'objectif poursuivi par le législateur, à savoir la protection des revenus issus de la nouvelle activité du failli, il n'est pas utile de faire obstacle aux poursuites dirigées contre le conjoint du failli marié sous le régime de la séparation de biens. Ces poursuites ne risquent pas, il est vrai, d'atteindre les nouveaux revenus du failli et de contrarier dès lors son *fresh start*. Toutefois, dès lors que le texte de l'article 82, alinéa 2, de la loi n'offre nullement d'opérer une telle distinction, un simple *obiter dictum* de la Cour constitutionnelle – prononcé au détour d'une motivation relative à un autre cas d'espèce – ne peut, faute pour la Cour d'avoir explicitement dénoncé une inconstitutionnalité ou souligné une lacune législative, encourager le juge du fond à s'écarter du texte légal pour opérer une telle différenciation.

Enfin, il reste à s'interroger sur le sort d'une dette dont le seul débiteur principal serait le conjoint, tandis que le failli y serait tenu uniquement en qualité de caution ou, sur pied de l'article 222 du Code civil, parce qu'elle a été contractée pour les besoins du ménage. De telles dettes sont-elles des « dettes du failli » au sens de l'article 82, alinéa 2, de la loi? Si, comme proposé ci-dessus, on retient que les dettes du failli sont tout simplement celles qui peuvent être recouvrées sur son patrimoine (propre ou commun, peu importe), alors la question appelle sans doute une réponse positive<sup>108</sup>.

### e. La procédure

47. Il n'y a pas, à proprement parler, de procédure de libération du conjoint du failli (et des personnes assimilées) puisque la libération intervient, de plein droit, par la déclaration d'excusabilité du failli.

Soulignons toutefois que le législateur n'a réservé aucune place au conjoint du failli dans le cadre de la procédure d'excusabilité. Ce dernier n'est pas partie à la cause et la loi ne prévoit même pas qu'il soit entendu par le tribunal. Compte tenu de l'importance que peut présenter la déclaration d'excusabilité pour son conjoint, un tel « oubli » peut surprendre. Il se comprend néanmoins aisément à partir du moment où le tribunal n'a pas à tenir compte de la probité du conjoint du failli, de sa situation patrimoniale ou de ses revenus, au moment où il statue sur l'excusabilité du failli. Il n'a, en principe, pas plus d'égards envers les conséquences de l'excusabilité pour le conjoint et les créanciers du failli. Toutefois, comme au conjoint dispose manifestement d'un intérêt au sens de l'article 17 du Code judiciaire, rien ne s'oppose, à notre estime, à ce qu'il intervienne volontairement à la cause pour faire entendre sa voix.

Dans la mesure où leur sort est directement lié à la décision d'excuser, ou non, le failli, les (ex-)conjointes et cohabitant légal du failli peuvent également agir en tierce opposition contre la décision qui refuserait au failli le bénéfice de l'excusabilité<sup>109</sup>.

## 2. La décharge de la sûreté personnelle à titre gratuit

48. Les articles 72bis, 72ter et 80, alinéa 3, de la loi sur les faillites organisent le régime de la décharge des personnes qui, à titre gratuit, se sont engagées en qualité de sûreté personnelle du failli. C'est pour satisfaire aux interpellations de la Cour constitutionnelle que le législateur a mis en place ces dispositions (a), dont le champ d'application (b), les conditions de mise en œuvre (c), les effets (d) et la procédure (e) sont successivement examinés ci-après.

### a. Le principe et sa ratio legis

49. Dans la version originale de la loi du 8 août 1997, ni la caution ni le conjoint du failli n'étaient soulagés de leurs engagements en raison de l'excusabilité du failli. Déchus du droit de poursuivre le failli reconnu excusable, les créanciers s'empressaient par conséquent de reporter leurs prétentions

<sup>107</sup>. En ce sens, J. LARUELLE, *o.c.*, p. 961.

<sup>108</sup>. En vertu de l'art. 2011 du Code civil, « celui qui se rend caution d'une obligation, se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même ». Si la caution n'est que le débiteur subsidiaire et non principal de l'obligation, elle n'en reste pas moins débiteur. *Contra*, voy. J. LARUELLE, *o.c.*, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 961, pour qui les termes « personnellement obligé à la dette du failli » permettent d'exclure que le conjoint soit libéré en cas de dette propre contractée seul, en qualité de débiteur principal, et pour laquelle le failli se serait uniquement porté sûreté personnelle.

<sup>109</sup>. C.C., 18 mai 2011, arrêt n° 87/2011, *Arr. C.C.*, 2011, p. 1519; Gand, 11 février 2013, *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2013, p. 123.

sur son conjoint ou sa caution, dont le patrimoine n'a pas été obéré par la faillite, faisant ainsi peser sur ces derniers la totalité du poids de la dette. Cette situation a été jugée contraire au principe d'égalité par la Cour constitutionnelle<sup>110</sup>.

Le législateur a réagi à ce constat d'inconstitutionnalité par l'adoption de la loi du 4 septembre 2002: l'article 82 de la loi prévoyait désormais que l'excusabilité du failli déchargeait de plein droit les personnes physiques qui, à titre gratuit, se sont portées sûreté personnelle de ses obligations et libérait son conjoint de toute obligation à la dette.

**50.** Ces aménagements n'ont pas convaincu la Cour constitutionnelle. A ses yeux, le caractère automatique de la libération des cautions imposait aux créanciers un sacrifice hors de proportion avec l'objectif poursuivi par la loi. Dans le même temps, la Cour constitutionnelle relevait une discrimination indirecte. En effet, les cautions qui s'étaient, à titre gratuit, portées garantes des obligations d'une personne physique déclarée excusable étaient automatiquement déchargées. A l'inverse, les personnes physiques qui, à titre gratuit également, s'étaient engagées en qualité de caution d'une personne morale ne pouvaient jamais prétendre à la décharge – les personnes morales étant exclues du bénéfice de l'excusabilité. Dans son arrêt du 30 juin 2004<sup>111</sup>, la Cour invitait par conséquent le législateur à « réexaminer l'ensemble des questions posées par l'excusabilité et par le cautionnement à titre gratuit ».

La réponse du législateur est intervenue avec la loi du 20 juillet 2005, dont l'apport principal a consisté à séparer le sort du failli de celui de la caution. Toute sûreté personnelle, pour autant qu'elle se soit engagée « à titre gratuit », peut désormais demander à être déchargée de son obligation, indépendamment du caractère moral ou physique de la personnalité du failli. Peu importe également, pour la caution, que le failli ait, ou non, été reconnu excusable. L'article 80, alinéa 3, de la loi prévoit en effet que, « sauf lorsqu'elle a

*frauduleusement organisé son insolvabilité, le tribunal décharge en tout ou en partie la personne physique qui, à titre gratuit, s'est constituée sûreté personnelle du failli lorsqu'il constate que son obligation est disproportionnée à ses revenus et à son patrimoine ».*

### *b. Champ d'application: la notion de sûreté personnelle*

**51.** Suivant l'article 80, alinéa 3, de la loi sur les faillites, la décharge n'est plus réservée aux seules cautions mais s'étend à toute personne qui, à titre gratuit, s'est constituée sûreté personnelle du failli. Cette notion recouvre, outre le traditionnel cautionnement, les garanties dites « indépendantes »<sup>112</sup> (crédit documentaire, garantie à première demande, lettre de patronage<sup>113</sup>, aval cambiaire<sup>114</sup>, etc.).

A l'inverse, la décharge ne concerne pas les personnes ayant constitué une sûreté réelle, telles le tiers affectant hypothécaire, le tiers ayant affecté un bien meuble en garantie des obligations du failli ou encore le tiers gagiste<sup>115</sup>. Interrogée par la cour d'appel de Liège<sup>116</sup> sur l'éventuelle discrimination existant entre la situation de l'affectant hypothécaire et celle de la caution, la Cour constitutionnelle a répondu par la négative<sup>117</sup>.

**52.** La situation des personnes s'étant engagées, à titre gratuit, en qualité codébiteur solidaire du failli est plus équivoque. Les travaux préparatoires de la loi du 20 juillet 2005 indiquent que l'article 80, alinéa 3, concerne « toute personne qui, par l'effet de sa volonté, est obligée à la dette du failli, alors même qu'elle n'a pas un intérêt personnel au paiement de celle-ci: c'est-à-dire notamment la caution mais encore le codébiteur qui agit en qualité de sûreté personnelle »<sup>118</sup>.

<sup>110.</sup> C.A., 28 mars 2002, n° 69/2002, *Arr. C.A.*, 2002, p. 831; *Act. dr.*, 2002, p. 566, note A. FAYT.

<sup>111.</sup> C.A., 30 juin 2004, n° 114/2004, *Arr. C.A.*, 2004, p. 1301.

<sup>112.</sup> F. T'KINT et W. DERIJCKE, *La faillite*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 238; B. WINDEY, « De (on)zekerheden in het faillissementsrecht – een praktische benadering van de wetswijziging van 20 juli 2005 », *Limb. Rechtsl.*, 2006, p. 228; B. INGHELS, *o.c.*, p. 322; M. DEBUCQUOY, « De wet van 20 juli 2005: koppel verschoonbaarheid & bevrijding uit elkaar », *T.R.V.*, 2006, p. 447; S. NOTARNICOLA, « La notion de sûreté personnelle du failli », *J.L.M.B.*, 2009, p. 761, note sous Comm. Charleroi, 6 mars 2007.

<sup>113.</sup> M. DEBUCQUOY, *o.c.*; B. MAILLEUX, « Bevrijding kosteloze borg », *N.J.W.*, 2005, p. 939; S. NOTARNICOLA, *o.c.*

<sup>114.</sup> S. NOTARNICOLA, *o.c.*; B. INGHELS, *o.c.*, p. 322; Gand, 25 février 2009, *Dr. banc. fin.*, 2010, p. 36. *Contra*, voy. I. VEROUSTRATE (coord.) e.a., *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 774; F. T'KINT et W. DERIJCKE, *o.c.*, p. 238 qui estiment que l'aval cambiaire serait exclu du bénéfice de la décharge par l'effet abstrait de la lettre de change.

<sup>115.</sup> P. HENFLING et J. WILLEMS, « Excusabilité du failli et décharge de la caution », in *Droit des faillites – Actualités 2005*, Liège, Ed. du Jeune Barreau, 2005, p. 33; E. DIRIX et E. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, Waterloo, Kluwer, 2006, p. 299; R. VAN RANSBEECK, « Het regresrecht van de zakelijke borg » (note sous Cass., 22 décembre 2006), *R.W.*, 2007-2008, p. 279.

<sup>116.</sup> Liège, 16 juin 2005, *J.L.M.B.*, 2005, liv. 38, 1683.

<sup>117.</sup> « La différence de traitement critiquée repose sur un critère objectif: la personne qui donne un immeuble en garantie ne risque de perdre que ce bien (...) » (C.A., 25 janvier 2006, n° 12/2006, *Arr. C.A.*, 2006, p. 189; *J.L.M.B.*, 2006, p. 764, note J. CAEYMAEX; *R.W.*, 2006-2007, p. 827). La Cour a confirmé sa position par la suite: voy. C.A., 29 mars 2006, n° 49/2006, *Arr. C.A.*, 2006, p. 565; C.A., 29 mars 2006, n° 50/2006, *Arr. C.A.*, 2006, p. 569; C.A., 15 mars 2006, n° 42/2006, *Arr. C.A.*, 2006, p. 495. Voy. également Civ. Gand, 21 février 2006, *R.W.*, 2006-2007, p. 1166.

<sup>118.</sup> *Doc. parl.*, Ch. Repr., 2004-2005, n° 1811/007, p. 4.

Le champ d'application de la décharge n'apparaît donc pas limité à la caution au sens strict mais s'étend également aux codébiteurs dont l'engagement est intervenu en qualité de sûreté personnelle. En effet, l'article 1216 du Code civil prévoit que, si la dette garantie ne concerne que l'un des codébiteurs solidaires, les autres sont considérés, dans leur rapport à son égard, comme des cautions. Pourraient par conséquent bénéficier de la décharge les personnes qui se sont engagées en qualité de codébiteur solidaire du failli sans être « concernées » par la dette au sens de l'article 1216 du Code civil (solidarité passive). Défendue par une doctrine majoritaire et par certaines juridictions<sup>119</sup>, cette position est toutefois loin d'être unanime en jurisprudence<sup>120</sup>.

Il est par contre certain que la personne coobligée à la dette du failli, non pas en vertu d'un engagement contractuel, mais par l'effet de la loi, ne peut demander à être déchargée de cette obligation. En effet, l'article 80, alinéa 3, de la loi vise la personne qui « s'est constituée » sûreté personnelle du failli<sup>121</sup>.

**53.** Il ne fait guère plus de doute que le conjoint, et les personnes assimilées, du failli qui se seraient portées caution (ou codébiteur solidaire) des obligations de ce dernier sont fondés à demander leur décharge sur la base de l'article 80, alinéa 3, de la loi sur les faillites<sup>122</sup>. On a indiqué précédemment que l'(ex-)conjoint du failli est libéré de son engagement, même en qualité de caution, lorsque le failli est déclaré excusable<sup>123</sup>. L'(ex-)conjoint conserve néanmoins un intérêt à demander la décharge de son cautionnement, conformément à l'article 72bis de la loi, puisque, en cas d'inexcusabilité du failli, faute de libération automatique du conjoint sur pied de l'article 82, alinéa 2, de la loi, il ne reste à ce dernier que la décharge de l'article 80, alinéa 3, pour espérer se voir soulager d'une partie des dettes de son époux.

### c. Conditions de la décharge

**54.** L'article 80, alinéa 3, de la loi sur les faillites prévoit que le tribunal de commerce prononce la décharge, en tout ou en partie, des personnes physiques qui se sont engagées en qualité de sûretés personnelles du failli moyennant le respect de 4 conditions: 1° l'engagement de la sûreté a été consenti « à titre gratuit »; 2° il est intervenu à hauteur d'une obligation qui est disproportionnée à ses revenus et à son patrimoine; 3° la sûreté personnelle a déposé au greffe du tribunal de commerce une déclaration attestant de cette disproportion conformément à l'article 72bis de la loi et joint à sa déclaration les pièces visées par l'article 72ter; et 4° elle n'a pas organisé frauduleusement son insolvabilité.

**55.** En ce qui concerne la condition du caractère disproportionné de l'obligation aux revenus et au patrimoine de la caution, les travaux préparatoires indiquent que « *le juge ne doit avoir égard qu'à la situation de fortune de la sûreté, sans pouvoir prendre en considération les intérêts du créancier, quand bien même la situation de ce dernier serait, suite à la faillite de son débiteur principal, devenue particulièrement précaire* »<sup>124</sup>.

On notera que la disproportion constatée doit exister au moment où le juge statue sur la décharge. C'est la situation patrimoniale dont jouit, à ce moment, la caution qui sera prise en compte et non celle dont elle disposait au jour de son engagement<sup>125</sup>. Ceci explique que l'article 80, alinéa 4, exige l'actualisation des documents à joindre aux débats<sup>126</sup>. Pour apprécier l'existence d'une disproportion, le tribunal de commerce de Bruges a proposé un critère qui mérite d'être souligné: « *il existe une disproportion (...) lorsque la sûreté n'est plus en mesure de mener une existence conforme à la dignité humaine avec ses revenus et/ou son patrimoine, après avoir rempli son engagement en tant que sûreté avec ces revenus et ce patrimoine.* »<sup>127</sup>.

<sup>119</sup> M. VANMEENEN, « Le nouveau régime en matière de décharge des personnes qui se sont constituées sûreté personnelle et d'excusabilité », *R.D.C.*, 2005, p. 888; B. WINDEY, « De (on)zekerheden in het faillissementsrecht – een praktische benadering van de wetswijziging van 20 juli 2005 », *Limb. Rechtsl.*, 2006, p. 228; P. MOREAU, « La loi du 20 juillet 2005 et la décharge des personnes qui se sont constituées sûreté personnelle. Nouvelles interrogations? », *R.G.D.C.*, 2006, p. 155; M. ALHADEFF, « Développements en matière de faillite après la loi du 4 septembre 2002 », *Ann. dr.*, 2006, vol. 67, pp. 250 et s.; S. NOTARNICOLA, *o.c.*, p. 761; A. HENDERICKX, « La décharge de la sûreté à titre gratuit du failli: le point sur la situation actuelle », *J.L.M.B.*, 2013, p. 292, note sous Comm. Nivelles, 15 juin 2011. Dans ce sens, voy. Liège, 28 juin 2007, *J.T.*, 2007, p. 838; Comm. Huy, 21 novembre 2007, *inédit*, cité par S. NOTARNICOLA.

<sup>120</sup> Contre l'extension de la décharge aux codébiteurs solidaires non concernés par la dette, voy. Comm. Charleroi, 6 mars 2007, *J.L.M.B.*, 2009, p. 756; Comm. Audenarde, 25 octobre 2007, *R.W.*, 2007-2008, p. 1420; Comm. Gand, 4 juin 2013, *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2013, p. 265.

<sup>121</sup> En ce sens, voy. B. INGHELS, *o.c.*; *R.D.C.*, 2007, p. 321; A. HENDERICKX, *o.c.*, p. 288, note sous Comm. Nivelles, 15 juin 2011; Cass., 26 juin 2008, R.G. n° C.07.0596.N, *R.D.C.*, 2008, p. 728; *R.P.S.*, 2008, p. 84, note W. DERIJCKE; *R.W.*, 2008-2009, p. 365, note P. COUSSEMENT; *R.G.D.C.*, 2008, p. 476, note B. VAN BAEVEGHEM; Liège, 27 septembre 2011, *R.D.C.*, 2012, p. 918; Comm. Anvers, 23 mars 2010, *R.W.*, 2010-2011, p. 428.

<sup>122</sup> M. VANMEENEN, « Le nouveau régime en matière de décharge des personnes qui se sont constituées sûreté personnelle et d'excusabilité », *R.D.C.*, 2005, p. 888; I. VEROUGSTRAETE (coord.) e.a., *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 764.

<sup>123</sup> Voy. *supra*, n° 33.

<sup>124</sup> *Doc. parl.*, Ch. Repr., 2004-2005, n° 1811/001, p. 6. Ce sacrifice des intérêts des créanciers a fait l'objet d'un recours en annulation rejeté par la Cour constitutionnelle (C.A., 29 novembre 2006, n° 179/2006, *Arr. C.A.*, 2006, p. 2259).

<sup>125</sup> Liège, 18 octobre 2007, *J.L.M.B.*, 2009, p. 732.

<sup>126</sup> A défaut d'actualisation des documents, la cour d'appel de Liège a jugé que la caution ne démontrait pas le caractère disproportionné de son engagement (Liège, 27 mars 2012, 2009/RG/1924, *inédit*, disponible à l'adresse suivante [www.juridat.be/tribunal\\_commerce/vervierviers/images/2703.1924.pdf](http://www.juridat.be/tribunal_commerce/vervierviers/images/2703.1924.pdf)).

<sup>127</sup> Comm. Bruges, 19 février 2007, *R.W.*, 2008-2009, p. 841. Comp. Comm. Courtrai, 22 mai 2006, *R.W.*, 2006-2007, liv. 38, 1570.

56. Néanmoins, parmi les conditions de la décharge énumérées par l'article 80, alinéa 3, de la loi, c'est assurément la notion de gratuité qui a suscité les débats les plus houleux. Prenant appui sur une décision de la Cour constitutionnelle, la jurisprudence et la doctrine majoritaires<sup>128</sup> ont en effet estimé que « *la nature gratuite de la caution porte sur l'absence de tout avantage, tant direct qu'indirect, que la caution peut obtenir grâce au cautionnement* »<sup>129</sup>. Suivant cette interprétation, la personne qui, exerçant un commerce en société, a dû se porter caution des engagements de cette dernière ne peut être considérée comme une caution à titre gratuit puisqu'elle tire des revenus de la société et a donc un intérêt économique à la bonne marche de ses affaires. Cet automatisme, qui conduit à exclure systématiquement les gérants et administrateurs du droit de réclamer la décharge de leur engagement au profit de la société faillie, a été longtemps combattu par une jurisprudence minoritaire<sup>130</sup>.

Par deux arrêts prononcés le 26 juin 2008, la Cour de cassation a toutefois mis un terme à la controverse, en ratifiant l'interprétation soutenue par la jurisprudence majoritaire: « *la nature gratuite de la constitution de sûreté personnelle signifie, lors de l'application de l'article 80 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, l'absence de tout avantage économique, tant direct qu'indirect, dont la sûreté personnelle peut bénéficier grâce à la sûreté constituée.* »<sup>131</sup>. Il est désormais certain que l'engagement de caution du gérant et de l'administrateur<sup>132</sup>, de fait ou de droit, voire de l'actionnaire<sup>133</sup>, d'une société faillie à l'égard des obligations de cette dernière ne peut, en principe<sup>134</sup>, se voir qualifié de gra-

tuit et, par voie de conséquence, échappe au bénéfice de la décharge.

Le même raisonnement a ensuite été étendu à l'engagement du conjoint d'un gérant ou d'un administrateur de société faillie. L'intervention du conjoint en qualité de sûreté personnelle n'est, à suivre cette jurisprudence majoritaire<sup>135</sup>, pas désintéressée dès lors que le conjoint nourrit l'espoir que l'activité sociale génère un revenu qui enrichira le patrimoine commun. Il a également été jugé que, même séparée de biens, l'épouse a intérêt à ce que la société gérée par son mari puisse se développer, dans la mesure où ce développement permet au mari d'augmenter ses revenus et de participer, dès lors, davantage aux charges du ménage<sup>136</sup>.

En outre, la gratuité doit être appréciée au moment où la sûreté s'engage<sup>137</sup>. Par conséquent, il est indifférent que la sûreté démontre qu'elle n'a concrètement retiré aucun avantage de son engagement personnel<sup>138</sup>.

57. Compte tenu de cette lecture particulièrement restrictive de la notion de gratuité, le bénéfice de la décharge se voit en pratique limité à des engagements de pure bienfaisance, souvent motivés par des liens amicaux ou familiaux, pour lesquels la caution n'a, au moment où elle s'engage, aucun espoir d'obtenir, directement ou indirectement, de près ou de loin, un quelconque avantage de l'activité du futur failli. A titre d'exemple, la cour d'appel de Mons a refusé de considérer comme gratuit l'engagement de caution de la mère du failli, consenti afin de garantir le crédit destiné à

<sup>128</sup>. Voy. not. Anvers, 8 mai 2008, *R.D.C.*, 2008, p. 898; Comm. Mons, 4 octobre 2007, *J.T.*, 2007, p. 821, note M. GRÉGOIRE; Mons, 4 janvier 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 21; Comm. Charleroi, 26 avril 2006, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1381; Anvers, 23 novembre 2006, *R.D.C.*, 2007, p. 284; Comm. Hasselt, 9 février 2006, *R.D.C.*, 2006, p. 868; Comm. Turnhout, 10 janvier 2006, *R.W.*, 2005-2006, p. 1312; Liège, 4 octobre 2005, *J.L.M.B.*, 2006, p. 767, note T. et P. CAVENAILE; *R.D.C.*, 2007, p. 273, note L. VAN DEN STEEN; Comm. Termonde, 12 décembre 2005, *R.W.*, 2005-2006, p. 953; Comm. Mons, 6 avril 2006, *Rev. not. belge*, 2007, p. 18. En doctrine, voy. B. MAILLEUX, « Bevrijding kosteloze borg », *N.J.W.*, 2005, p. 939; P. MOREAU, *o.c.*, *R.G.D.C.*, 2006, p. 155.

<sup>129</sup>. C.A., 30 juin 2004, n° 114/2004, *Arr. C.A.*, 2004, p. 1301.

<sup>130</sup>. Voy. not. Comm. Verviers, 16 novembre 2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 470; Gand, 8 janvier 2007, *N.J.W.*, 2008, p. 260, note G. SUPPLY et S. REMMERY; *R.W.*, 2007-2008, p. 1631, note B. VAN BAEVEGHEM, cassé par Cass., 26 juin 2008, cité *infra*; Gand, 10 mars 2008, *R.G.D.C.*, 2008, p. 473; Gand, 8 octobre 2007, *R.W.*, 2008-2009, p. 804; *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2008, p. 367; Comm. Gand, 3 mai 2006, *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2006, p. 234; Comm. Gand, 27 avril 2006, *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2006, p. 192; Gand, 6 décembre 2006, *R.W.*, 2006-2007, p. 1277, note K. CREYF.

<sup>131</sup>. Cass., 26 juin 2008, R.G. n° C.07.0546.N, *J.L.M.B.*, 2009, p. 720, note T. CAVENAILE; *Pas.*, 2008, p. 1682; *R.P.S.*, 2008, p. 84, note W. DERLICHE et Cass., 26 juin 2008, R.G. n° C.07.0596.N, *Pas.*, 2008, p. 1685; *R.W.*, 2008-2009, p. 365 note P. COUSSEMENT; *R.G.D.C.*, 2008, p. 476, note B. VAN BAEVEGHEM; *R.D.C.*, 2008, p. 728.

<sup>132</sup>. Gand, 15 avril 2013, *N.J.W.*, 2014, p. 85, note J. DEL CORRAL; Gand, 12 septembre 2011, *R.G.D.C.*, 2014, p. 141; Comm. Bruxelles, 8 mars 2010, *J.T.*, 2010, p. 509; Gand, 28 décembre 2009, *N.J.W.*, 2010, p. 291, note B. MOUTON; Gand, 25 février 2009, *Dr. banc. fin.*, 2010, p. 36; Comm. Gand, 18 décembre 2008, *D.A.O.R.*, 2009, note G. BALLON; *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2009, p. 124; Gand, 6 octobre 2008, *R.W.*, 2008-2009, p. 1230; Comm. Bruxelles, 29 septembre 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1625.

<sup>133</sup>. Liège, 15 janvier 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p. 350; *R.R.D.*, 2008, p. 376; Mons, 21 novembre 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 753.

<sup>134</sup>. Sauf pour ce qui concerne, selon le tribunal de commerce de Nivelles, l'engagement des associés d'une société à finalité sociale dans la mesure où celle-ci n'est, par définition, pas vouée à l'enrichissement de ses membres (15 juin 2011, *J.L.M.B.*, 2013, p. 282, et la note critique de A. HENDERICKX) ou, suivant le tribunal de commerce de Bruxelles (9 avril 2013, *R.W.*, 2013-2014, p. 391), l'engagement de l'actionnaire qui ne possède qu'une seule part sociale, auquel des dividendes n'ont jamais été distribués et qui ne s'est porté caution de la société faillie que pour des raisons familiales.

<sup>135</sup>. Liège, 6 mars 2012, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1176; Liège, 26 septembre 2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 1233; Mons, 4 juin 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p. 946; Mons, 19 mai 2008, *Ann. jur. Créd.*, 2008, p. 438. *Contra*, voy. Comm. Bruxelles, 29 septembre 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1625; Comm. Bruxelles, 2 septembre 2010, *R.D.C.*, 2010, p. 902; Comm. Termonde, 12 décembre 2005, *R.W.*, 2005-2006, p. 953.

<sup>136</sup>. Liège, 14 octobre 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 751; Anvers, 1<sup>er</sup> juin 2006, *R.W.*, 2006-2007, p. 1013; *R.D.C.*, 2007, p. 282. Sur cette question, voy. M. VANMEENEN et B. WINDEY, « De verschonbaarheid en de bevrijding van de persoonlijke zekerheidssteller: nieuwe regels, nieuwe zorgen », in H. COUSY et E. DIRIX, *Insolventierecht*, Bruges, die Keure, 2006, p. 17.

<sup>137</sup>. Cass., 14 novembre 2008, R.G. n° C.070417.N, *Pas.*, 2008, p. 2459; Liège, 6 mars 2012, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1176.

<sup>138</sup>. Mons, 4 juin 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p. 946. Dans le même sens, voy. Gand, 25 février 2009, *Dr. banc. fin.*, 2010, p. 36; Comm. Gand, 18 décembre 2008, *D.A.O.R.*, 2009, note G. BALLON; *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2009, p. 124; Anvers, 8 mai 2008, *R.D.C.*, 2008, p. 898.

l'achat d'un véhicule, principalement aux motifs que, domiciliée à la même adresse que le failli et ayant spontanément proposé de poursuivre, après la faillite, le paiement des mensualités du financement, la mère avait manifestement un intérêt personnel à l'acquisition et à la conservation du véhicule<sup>139</sup>. Pour sa part, la cour d'appel de Gand a, dans un arrêt du 4 novembre 2013, publié dans le présent numéro, estimé que le cohabitant de fait du failli qui s'est porté caution des engagements de ce dernier ne peut prétendre que son engagement est intervenu à titre gratuit, au motif qu'il existe, entre les membres d'un couple de cohabitants de fait, une « unité économique ».

#### d. Les effets de la décharge

**58.** A l'inverse de l'excusabilité du failli qui affecte de plein droit l'ensemble des dettes existant au jour du jugement déclaratif de faillite, l'article 80, alinéa 3, de la loi prévoit que la sûreté personnelle, constituée à titre gratuit et dont l'engagement est disproportionné, est déchargée par le tribunal en tout ou en partie.

La décharge entraîne donc, au moment où le juge statue, la disparition de tout ou de partie de l'obligation contractée par la sûreté. Elle n'a d'effet que pour l'avenir. Par conséquent si des paiements volontaires sont intervenus entre l'ouverture de la faillite et le jugement prononçant la décharge, la sûreté déchargée ne pourra exiger la restitution de ces montants.

#### e. La procédure

**59.** La sûreté personnelle qui souhaite être déchargée de son engagement est, suivant l'article 72bis de la loi, tenue de déposer au greffe du tribunal de commerce une déclaration attestant que son obligation est disproportionnée à ses revenus et à son patrimoine. Les personnes s'étant portées sûreté personnelle du failli sont averties de la nécessité de procéder à ce dépôt non seulement par la publication au *Moniteur belge* mais aussi par une lettre recommandée de la curatelle<sup>140</sup>. Le failli est par ailleurs tenu de joindre à son aveu de faillite, en vertu de l'article 10, 5°, de la loi, une liste mentionnant le nom et l'adresse des personnes physiques qui, à titre gratuit, se sont constituées sûreté personnelle.

La déclaration de sûreté personnelle doit comporter l'identité, la profession et le domicile de la personne qui réclame sa décharge. Sont également annexés les documents exigés par l'article 72ter, à savoir la copie de la dernière déclaration à l'impôt des personnes physiques, le relevé de l'ensemble des éléments actifs ou passifs qui composent le patrimoine de la caution, ainsi que toute autre pièce de nature à établir avec précision l'état de ses ressources et les charges qui sont siennes. La loi ne prévoit aucun délai pour réaliser la déclaration de sûreté personnelle. Elle peut par conséquent intervenir jusqu'au jour de la clôture de la faillite<sup>141</sup>.

En outre, tout créancier qui jouit d'une sûreté personnelle est tenu, en vertu de l'article 63, alinéa 2, de l'énoncer expressément dans la déclaration de créance qu'il adresse au curateur de faillite ou, au plus tard, dans les 6 mois de la date du jugement déclaratif de faillite. Il mentionne également les nom, prénom et adresse de la personne physique qui, à titre gratuit, s'est constituée sûreté personnelle du failli. Si le créancier omet de procéder à cette formalité, la sanction est sans appel: la sûreté, pour autant qu'elle ait effectivement été constituée à titre gratuit mais sans avoir égard à sa situation patrimoniale ou à ses revenus, est déchargée<sup>142</sup>.

**60.** Après que la sûreté personnelle et les créanciers concernés ont été entendus en chambre du conseil, le tribunal statue sur la décharge au moment de la clôture de la faillite. Toutefois, dès l'écoulement d'un délai de 6 mois après la date du jugement déclaratif de faillite, tant les créanciers que les sûretés personnelles ayant procédé à la déclaration visée par l'article 72bis peuvent demander au tribunal de statuer sur la décharge<sup>143</sup>. L'article 80, alinéa 4, de la loi exige que les documents annexés à la déclaration soient mis à jour si le tribunal est appelé à statuer plus de 12 mois après leur dépôt.

Le jugement est susceptible d'appel suivant les formes et les délais de droit commun<sup>144</sup>.

### 3. La suspension des voies d'exécution

**61.** L'article 24bis de la loi sur les faillites prévoit qu'à compter du jugement déclaratif de faillite, sont suspendues les voies d'exécution à charge de la personne physique qui, à titre gratuit, s'est constituée sûreté personnelle du failli.

Insérée par la loi du 20 juillet 2005, cette disposition tend à prévenir la « course à la caution »<sup>145</sup> qui voyait un créancier

<sup>139</sup> Mons, 15 décembre 2010, *J.L.M.B.*, 2012, p. 169.

<sup>140</sup> La cour d'appel de Mons (4 juin 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p. 946) a jugé que, si la sûreté n'a pas été avertie régulièrement et que le défaut d'information ne lui est pas imputable, « la réparation la plus adéquate consiste à admettre que la demande de décharge a pu être valablement introduite par l'opposition formée par la sûreté au jugement par défaut qui avait constaté qu'elle n'avait pas demandé la décharge ».

<sup>141</sup> Gand, 20 février 2012, *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2013, p. 129.

<sup>142</sup> Gand, 12 septembre 2011, *R.G.D.C.*, 2014, p. 141; Anvers, 23 septembre 2010, *R.W.*, 2012-2013, p. 223.

<sup>143</sup> Art. 80, al. 5 et 6 de la loi sur les faillites. La circonstance que le créancier bénéficiant d'une sûreté personnelle ne peut pas demander qu'il soit statué anticipativement sur la décharge tant que la personne s'étant portée sûreté personnelle du failli n'a pas fait la déclaration visée par l'article 72bis est conforme au principe d'égalité (C.C., 18 mai 2011, *Arr. C.C.*, 2011, p. 1413).

<sup>144</sup> Liège, 6 mars 2012, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1176.

<sup>145</sup> *Doc. parl.*, Chambre, 2004-2005, n° 1811/001, p. 8.

disposant d'une sûreté personnelle tenter d'obtenir la condamnation de celle-ci avant que l'excusabilité du failli ne soit prononcée et, partant, avant que la caution n'obtienne la décharge de son obligation. Cette situation avait été dénoncée par un arrêt de la Cour constitutionnelle du 27 avril 2005<sup>146</sup>.

Toutes les voies d'exécution sont donc, de plein droit, paralysées dès l'ouverture de la faillite à charge de la caution à titre gratuit du failli. Ce sursis n'est pas subordonné au dépôt de la déclaration de sûreté personnelle visée par l'article 72bis de la loi. La suspension ne concerne toutefois que les voies d'exécution. Rien n'interdit par conséquent à un créancier de prendre jugement à l'encontre de la caution à titre gratuit<sup>147</sup> ou d'opérer une saisie conservatoire.

L'alinéa 2 de l'article 24bis ajoute que, lorsque la sûreté personnelle n'est pas totalement déchargée de son obligation par le tribunal, les créanciers recouvrent le droit d'exercer individuellement leur action sur ses biens. Par conséquent, si le jugement sur la décharge intervient avant la clôture de la faillite, la suspension des voies d'exécution prend immédiatement fin pour les créances dont la sûreté n'aurait pas été affranchie.

**62.** A l'inverse, aucune suspension des voies d'exécution à charge de l'(ex-)conjoint du failli n'est organisée par la loi. Cette discrimination, déjà dénoncée par la Cour constitutionnelle dans son arrêt du 27 avril 2005<sup>148</sup>, a encore été proclamée à l'occasion d'un arrêt du 4 février 2010<sup>149</sup>. Dans cette même affaire, la Cour était également saisie de l'éventuelle discrimination, imputée à l'article 24bis de la loi, qui consiste à suspendre les voies d'exécution à charge de la caution mais pas les mécanismes conventionnels de sûreté, tels que, notamment, la cession de rémunération. La Cour souligne que la mise en œuvre de la cession de rémunération aboutit, à l'instar d'une saisie sur salaire, au paiement d'une somme par le conjoint qui, en vertu de l'excusabilité, pourrait être ultérieurement libéré de la dette. Or, l'excusabilité ne pourra

avoir pour effet de décharger le conjoint si, entre-temps, une décision passée en force de chose jugée a validé la cession de rémunération. De plus, ce dernier n'a, contrairement au failli, aucun moyen de hâter la décision sur l'excusabilité. La Cour conclut à la violation du principe d'égalité. Se pose toutefois la question de savoir si son raisonnement est limité à la cession de rémunération ou vaut également pour tous les mécanismes de sûreté qui découlent d'une convention comme, par exemple, la cession à titre fiduciaire, l'action directe ou la compensation<sup>150</sup>?

Par ces deux arrêts, la Cour constitutionnelle a, certes, dénoncé l'inconstitutionnalité de l'absence de suspension des voies d'exécution et de la cession de rémunération à charge du conjoint du failli, mais sans inviter explicitement les juges du fond à combler les lacunes constatées. Par conséquent, faute d'effet *erga omnes* des décisions, et dans l'attente d'une modification de la loi (dont on peut craindre qu'elle tarde à venir tant la discrimination déjà dénoncée par l'arrêt du 27 avril 2005 paraît peu préoccuper le législateur qui a pourtant, depuis lors, modifié la loi sur les faillites à diverses reprises), les juges du fond peuvent-ils néanmoins retenir une lecture plus conforme au principe d'égalité de l'article 24bis?

Lorsque la Cour constitutionnelle constate qu'une disposition légale présente une lacune violant les articles 10 et 11 de la Constitution, il appartient au juge du fond, selon la Cour de cassation, de combler cette lacune « *s'il est possible de mettre fin à l'inconstitutionnalité en complétant, sans plus, la disposition légale de sorte qu'elle ne soit plus contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution; le juge ne peut cependant combler cette lacune si sa nature requiert nécessairement un règlement procédural totalement différent* »<sup>151</sup>. En l'espèce, les constats de lacune nous paraissent exprimés en termes suffisamment précis et complets pour permettre que l'article 24bis soit appliqué par les juges du fond dans le respect du principe d'égalité<sup>152</sup>.

### III. LE SORT DES PROCHES DU DÉBITEUR SURSITAIRE

**63.** Parfois qualifiée de « loi d'ajustement » de la procédure de réorganisation judiciaire, la loi du 27 mai 2013,

modifiant diverses législations en matière de continuité des entreprises, est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> août 2013.

<sup>146.</sup> C.A., 27 avril 2005, n° 77/2005, *Arr. C.A.*, 2005, p. 937; *R.W.*, 2005-2006, p. 618, note A. DE WILDE. Voy. également C.A., 23 novembre 2005, n° 172/2005, *Arr. C.A.*, 2005, p. 2191; *R.W.*, 2006-2007, p. 171; Mons, 30 mai 2005, *R.G.D.C.*, 2007, p. 488.

<sup>147.</sup> Mons, 4 janvier 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 21; Mons, 12 mars 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1243. Comp. Liège, 24 mars 2005, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1322.

<sup>148.</sup> C.A., 27 avril 2005, n° 77/2005, *Arr. C.A.*, 2005, p. 937.

<sup>149.</sup> C.C., 4 février 2010, n° 5/2010, *Arr. C.C.*, 2010, p. 63; *N.J.W.*, 2010, p. 416, note J. LEAERTS; *R.A.B.G.*, 2010, p. 475; *R.P.S.*, 2010, p. 104, note I. VEROUSTRATE; *R.W.*, 2009-2010, p. 1635 note E. DIRIX; *R.D.C.*, 2010, p. 286; *T. Fam.*, 2010, p. 90, note C. AERTS.

<sup>150.</sup> En ce sens, voy. E. DIRIX, « De echtgenoot van de gefailleerde: de wetgever terug aan de slag », *R.W.*, 2009-2010, p. 1640.

<sup>151.</sup> Cass., 14 octobre 2008, R.G. n° P.08.1329.N, *J.T.*, 2008, p. 755, note B. DEJEMPEPE; *Pas.*, 2008, p. 2215, concl. M. TIMPERMAN; *Rev. dr. pén.*, 2009, p. 92, note N. VAN DER ECKEN.

<sup>152.</sup> En ce sens, voy. I. VEROUSTRATE, « Des vicissitudes de l'excusabilité », *R.P.S.*, 2010, pp. 111 et s. Cet auteur est toutefois plus réservé sur la question de l'extension des effets de l'art. 24bis à la cession de rémunération ou à d'autres mécanismes de sûreté, relevant à cet égard qu'« *il semble vraisemblable que les juridictions de l'ordre judiciaire et notamment la Cour de cassation n'emboîteront pas facilement le pas à la Cour constitutionnelle* ».

Chargée de l'évaluation de la loi du 31 janvier 2009 sur la continuité des entreprises, quatre ans après son entrée en vigueur, la F.E.B.<sup>153</sup>, dans son rapport de mars 2012, soulignait le succès quantitatif de la nouvelle législation. Un nombre toujours croissant d'entrepreneurs en difficulté font en effet appel à la protection de la loi<sup>154</sup>. Toutefois, le même rapport mettait également en exergue le bilan qualitatif plutôt mitigé de la procédure de réorganisation judiciaire: quelque 70% des débiteurs ayant obtenu un sursis ont en effet été déclarés en faillite dans les deux ans qui ont suivi la clôture de la procédure. La F.E.B. épinglait, à cet égard, l'une des principales faiblesses de la procédure, à savoir le caractère tardif de l'introduction des demandes de sursis, qui interviennent trop souvent alors que le débiteur est d'ores et déjà au bord du gouffre. Afin d'y remédier, la loi de 2013 a inséré, en marge des mesures « anti-abus » qu'elle comporte, diverses dispositions destinées à rendre la procédure de réorganisation judiciaire encore plus attractive pour l'entrepreneur confronté à des difficultés structurelles, dans l'espoir de voir ce dernier faire appel, le plus tôt possible, à la protection de la loi.

**64.** Dans cet ordre d'idées, le rapport de la F.E.B. invitait, du bout des lèvres il est vrai, le législateur à avoir égard au sort des cautions du débiteur en réorganisation judiciaire<sup>155</sup>. De manière quelque peu inattendue, c'est principalement la situation de l'(ex-)conjoint ou cohabitant légal du débiteur qui a, en fin de compte, retenu l'attention des auteurs de la loi du 27 mai 2013. L'indigence légistique de ces nouvelles dispositions est toutefois source, une fois encore, d'un *imbroglio* exégétique qu'on ne peut manquer de déplorer.

On évoquera d'abord le sursis provisoire qu'offre désormais la loi aux conjoint et proches du débiteur sursitaire (A), avant d'examiner les conditions auxquelles ces derniers peuvent, en cas de transfert intégral de l'entreprise du débiteur, jouir d'une décharge comparable (mais pas équivalente) à la libération dont bénéficient les (ex-)conjoint ou cohabitant légal d'un failli reconnu excusable (B).

## A. Le sursis des proches et cautions du débiteur sursitaire

**65.** Avant d'être amendé par la loi du 27 mai 2013, l'article 33, alinéa 2, de la loi du 31 janvier 2009 indiquait que le sursis consenti au débiteur ne profite ni à ses codébiteurs ni aux sûretés personnelles. Les travaux préparatoires de la loi de 2009 justifiaient cette disposition comme suit: « *La procédure est caractérisée par la continuité et il n'y a*

*pas de raison de perturber le crédit (et donc de le rendre plus cher) en faisant bénéficier les codébiteurs ou autres sûretés personnelles du moratoire à un moment où leur garantie a précisément son utilité.* »<sup>156</sup>.

Malgré le sursis octroyé au débiteur, tous ses coobligés et cautions, au nombre desquels son conjoint, restaient donc à la merci des mesures d'exécution mues par les créanciers. A l'inverse, leur éventuel recours contributoire envers le débiteur était, pour sa part, paralysé par le sursis. Le législateur a profité de la réforme du 27 mai 2013 pour revoir la situation des sûretés personnelles et sensiblement améliorer le sort du conjoint, ex-conjoint ou cohabitant légal du débiteur sursitaire.

**66.** Un nouvel alinéa 2 de l'article 33, § 3, de la loi permet désormais à la personne physique qui s'est constituée, à titre gratuit, sûreté personnelle du débiteur sursitaire de demander au tribunal une protection équivalente à celle dont jouit ce dernier. Le tribunal étendra ainsi le bénéfice du sursis à la sûreté personnelle lorsqu'il constate que le montant de son engagement est manifestement disproportionné, au jour de l'ouverture de la procédure, à ses facultés de remboursement. Dans son appréciation, le tribunal prend en compte le patrimoine et les revenus de la personne qui s'est portée caution. La sûreté personnelle qui bénéficie ainsi de l'extension du sursis profitera de tous les effets de celui-ci, à savoir notamment la suspension des mesures d'exécution et l'arrêt des saisies, l'interdiction de la compensation (sauf connexité) ou encore la neutralisation des clauses pénales<sup>157</sup>.

Cette nouvelle faculté consentie aux sûretés personnelles ne porte évidemment pas préjudice à leur droit de poursuivre, par ailleurs, l'annulation du contrat de cautionnement conformément aux articles 2043*bis* à 2043*octies* du Code civil.

**67.** L'une des évolutions marquantes de la loi du 27 mai 2013 concerne le conjoint du débiteur sursitaire. Aux termes du nouvel article 33, § 2, de la loi, « *le sursis profite au conjoint, ex-conjoint ou cohabitant légal du débiteur, qui est coobligé, par les effets de la loi, aux dettes de [ce dernier]* ». L'alinéa 2 ajoute toutefois que le cohabitant légal ne bénéficie pas de cette protection si la déclaration de cohabitation a été réalisée dans les 6 mois qui précèdent le dépôt de la requête en réorganisation judiciaire. Le sursis est donc, de plein droit, étendu aux proches du débiteur. Les travaux préparatoires expliquent à cet égard qu'il s'agit « *d'éviter que des concubins ne recourent de manière abusive à l'introduction de cette procédure par l'un d'entre eux pour faire en sorte que l'autre puisse en bénéficier automatiquement* »<sup>158</sup>.

<sup>153</sup> Rapport d'évaluation de la loi sur la continuité des entreprises, F.E.B., 2012, [www.vbo-feb.be](http://www.vbo-feb.be), pp. 8 et 29.

<sup>154</sup> D'après les travaux préparatoires de la loi du 27 mai 2013, 906 entreprises ont obtenu un sursis en 2009, 1.347 en 2010, 1.377 en 2011 et plus de 1.500 en 2012 (*Doc. parl.*, Ch. Repr., 2012-2013, n° 2692/001, p. 5).

<sup>155</sup> Rapport de la F.E.B., p. 19.

<sup>156</sup> *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. extr. 2007, n° 160/001, p. 21.

<sup>157</sup> Voy. les art. 30 à 37 de la loi du 31 janvier 2009.

<sup>158</sup> *Doc. parl.*, Ch. Repr., 2012-2013, n° 2692/001, p. 31.

La nouvelle mouture de l'article 33 fait inévitablement penser à la situation du même (ex-)conjoint ou cohabitant légal d'un débiteur failli qui, conformément à l'article 80 de la loi sur les faillites, a été déclaré excusable. De manière pour le moins étonnante, les travaux parlementaires justifient le rapprochement entre le statut respectif de l'époux d'un failli et de celui d'un débiteur en sursis par les termes suivants: « *La situation de sursis n'est certes pas la même que la situation dans laquelle se trouve un failli, mais il y a néanmoins des points communs. A ce stade, il n'est pas exclu que le conjoint, l'ex-conjoint ou le cohabitant légal soit libéré ultérieurement. C'est pourquoi le sursis est prévu dans la loi.* »<sup>159</sup>. C'est donc, si l'on comprend bien l'intention législative, pour préparer l'hypothèse d'une éventuelle faillite ultérieure du débiteur, dont ce dernier sortirait excusable, que le bénéfice du sursis est ainsi étendu à son (ex-)conjoint ou cohabitant!

Les documents préparatoires ne consacrent aucune autre justification à cette extension des effets du sursis aux proches du débiteur. Une analogie avec la *ratio legis* de l'article 82, alinéa 2, de la loi sur les faillites permet pourtant d'avancer une explication. Le sursis offert par la loi du 31 janvier 2009 au débiteur en difficulté vise à placer ce dernier provisoirement à l'abri de ses créanciers, le temps nécessaire à la réorganisation de son entreprise. Si les créanciers du débiteur restent, au travers des poursuites exercées contre le conjoint, en mesure d'atteindre le patrimoine commun du couple, ils pourraient mettre la main sur des biens<sup>160</sup> utiles à l'entreprise du débiteur sursitaire. Il en va de même de la saisie des revenus générés, pendant le sursis, par l'activité professionnelle du débiteur sursitaire qui garnissent le patrimoine commun. L'efficacité du moratoire consenti au débiteur en vue de la réorganisation de ses affaires s'en trouverait nettement contrariée, réduisant ainsi les chances de succès de l'opération de sauvetage de l'entreprise.

**68.** Cette faveur du législateur au profit de l'(ex-)conjoint ou du cohabitant légal du débiteur est toutefois moins libérale qu'il n'y paraît au premier abord. Le moratoire offert, de plein droit, à ces derniers a en effet une portée nettement plus restreinte que celui consenti au débiteur sursitaire: l'article 33, § 2, de la loi de 2009 ne concerne que ceux qui sont coobligés, *par les effets de la loi*, aux dettes du débiteur sursitaire. Par conséquent, l'engagement contractuel de l'(ex-)conjoint ou cohabitant légal, en qualité de codébiteur solidaire ou de caution, échappe au sursis<sup>161</sup>. Seule l'obligation qui découle d'un texte de loi paraît ainsi visée par la nouvelle disposition. On songe par exemple à l'article 394, § 1<sup>er</sup>, du C.I.R. 1992, en vertu duquel l'impôt ou la quotité de l'impôt relative au revenu imposable de l'un des époux peut être recouvré tant sur les biens communs que sur le patri-

moine propre des conjoints; ou aux dettes qui, en vertu de l'article 222 du Code civil, ont été contractées par le débiteur pour les besoins du ménage.

Ce constat conduit à deux réflexions. On peut, d'une part, s'interroger sur les motifs qui ont conduit le législateur à exclure les obligations d'origine strictement contractuelle du bénéfice du sursis consenti aux proches du débiteur en réorganisation. Les travaux préparatoires ne sont, à cet égard, d'aucun secours. D'autre part, cette exclusion est d'autant plus surprenante si l'on retient, comme le suggèrent les documents parlementaires, que l'objectif de l'extension des effets du sursis consiste à anticiper la protection qu'une éventuelle déclaration d'excusabilité, dans le cadre de la faillite ultérieure du débiteur sursitaire, offrirait à son conjoint. En effet, l'article 82, alinéa 2, de la loi sur les faillites consent aux conjoints, en cas d'excusabilité du failli, une libération qui n'est nullement limitée aux seules dettes d'origine légale. A rebours, cette différence de traitement rappelle que, dans sa version issue de la réforme du 4 septembre 2002, l'article 82, alinéa 2, de la loi sur les faillites prévoyait que la libération du fait de l'excusabilité du failli ne concernait que les dettes de ce dernier auxquelles son conjoint s'est personnellement obligé. Interprétée comme excluant du bénéfice de la libération toutes les hypothèses où le conjoint était personnellement obligé à la dette du failli par l'effet d'une loi, c'est-à-dire sans avoir effectué aucune démarche positive dans ce but, cette disposition avait été jugée contraire au principe d'égalité par la Cour constitutionnelle<sup>162</sup>.

## B. La décharge des proches du débiteur sursitaire après transfert intégral de son entreprise

**69.** Lorsque la procédure de réorganisation judiciaire a pour objectif d'aboutir à un accord amiable ou collectif, il ne peut être question de décharger l'(ex-)conjoint, le cohabitant légal ou encore la caution du débiteur de leurs obligations (sans préjudice pour la dernière citée du bénéfice des art. 2043*bis* à 2043*octies* C. civ.). Le débiteur sursitaire devra en effet supporter le poids de son passif, éventuellement soulagé par les remises de dettes consenties par les créanciers dans le cadre de l'accord amiable ou du plan de redressement.

Si les codébiteurs, cautions et autres sûretés personnelles peuvent éventuellement, dans les conditions de l'article 53 de la loi, être invités à faire valoir leurs observations sur le plan de réorganisation, l'article 57 *in fine* précise que ce plan « *ne profite pas aux codébiteurs ni aux personnes ayant constitué des sûretés personnelles* ».

<sup>159.</sup> *Doc. parl.*, Ch. Repr., 2012-2013, n° 2692/001, p. 19.

<sup>160.</sup> Hors outils et instruments servant à l'exercice de la profession qui sont des biens propres (art. 1400, 6°, C. civ.).

<sup>161.</sup> En ce sens, voy. *Doc. parl.*, Ch. Repr., 2012-2013, n° 2692/001, p. 19.

<sup>162.</sup> C.A., 12 mai 2004, n° 78/2004, *Arr. C.A.*, 2004, p. 879.

70. La situation est différente lorsque la réorganisation judiciaire tend au transfert, sous autorité de justice, de l'entreprise du débiteur. Dans l'esprit du législateur, le transfert a en effet été conçu, pour autant qu'il concerne l'intégralité de l'entreprise du débiteur, comme une voie alternative à la faillite<sup>163</sup>. Il doit donc, pour remporter quelque succès auprès d'un débiteur aux abois, comporter des avantages équivalents à un aveu de faillite.

Ainsi, l'article 70, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi du 31 janvier 2009 prévoit qu'à l'instar du failli déclaré excusable, le débiteur dont l'entreprise a été intégralement transférée « *ne peut plus être poursuivi par ses créanciers* ». Deux différences substantielles entre les régimes de l'excusabilité et de la décharge doivent toutefois être soulignées.

D'une part, depuis que l'article 80 de la loi sur les faillites stipule que, « *sauf circonstances graves spécialement motivées, le tribunal prononce l'excusabilité du failli malheureux et de bonne foi* », l'excusabilité a acquis un caractère quasi-automatique. Or, la formulation de l'article 70, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi du 31 janvier 2009 n'a pas retenu une telle automaticité pour ce qui concerne la décharge du débiteur sursitaire. Il indique que ce dernier « *peut être déchargé (...) [s'il] est malheureux et de bonne foi* ». La décharge ne présente donc pas de caractère automatique et reste soumise à la discrétion du tribunal.

D'autre part, contrairement à l'excusabilité, la décharge du débiteur n'affectait pas, avant la réforme de la loi, la situation du conjoint. Le législateur de 2013 a toutefois veillé à combler cette lacune en appliquant aux proches du débiteur déchargé, selon ses propres explications, « *mutatis mutandis les solutions permettant la décharge des proches du failli* »<sup>164</sup>. Ainsi, l'article 70, alinéa 4, prévoit désormais que la décharge libère le conjoint, l'ex-conjoint ou le cohabitant légal du débiteur, *coobligé* à la dette de ce dernier. Le libellé de cette disposition, par comparaison au texte de l'article 82, alinéa 2, de la loi sur les faillites, ne manque toutefois pas d'interpeller. *Primo*, les proches visés par l'article 70 sont les *coobligés* à la dette du débiteur. Si le législateur a simplement voulu aligner, comme il l'affirme, le régime de la décharge sur celui de l'excusabilité, sans doute aurait-il été préférable qu'il reproduise à l'identique les termes de l'article 82 – dont on sait que l'interprétation de pratiquement chacun des mots a pu, à un moment ou à un autre, prêter à controverse –, à savoir évoquer le proche du débiteur qui « *est personnellement obligé à la dette de son époux* ». Ou bien le législateur a-t-il plutôt entendu, par l'emploi du terme *coobligé*, exclure du bénéfice de la décharge les obligations qui ont été souscrites en qualité de sûreté personnelle du débiteur? En effet si le conjoint est, en qualité de caution du débiteur, *personnellement obligé* à la dette de son époux, on peut douter qu'il devienne, par ce même cautionnement,

*coobligé* à la dette principale. C'est d'ailleurs ce que semblent indiquer les travaux préparatoires lorsqu'ils précisent que la protection de l'article 70 « *ne profite pas aux conjoints, ex-conjoints et cohabitants légaux qui se sont portés cautions pour les dettes du débiteur puisque ce sont les dispositions du Code civil et de la loi sur le cautionnement à titre gratuit qui s'appliqueront* »<sup>165</sup>. *Secundo*, la décharge organisée par l'article 70, alinéa 4, de la loi sur la continuité des entreprises concerne, sans autre forme de précision, « l'ex-conjoint du débiteur » tandis que l'article 82, alinéa 2, de la loi sur les faillites indique que seul l'ex-conjoint qui est personnellement obligé à la dette de son époux *contractée du temps du mariage* est libéré de cette obligation par l'effet de l'excusabilité. On ne peut, à cet égard, qu'opiner en faveur d'un oubli du législateur au moment de rédiger l'article 70, alinéa 4, tant il paraît improbable que ce dernier ait entendu étendre, de plein droit, les effets de la décharge à l'ex-conjoint qui, des années après le divorce, aurait par exemple, motivé à l'instar d'une caution gratuite par son amitié envers le débiteur, accepté de se porter codébiteur solidaire d'un prêt consenti à son ex-époux.

L'article 70, alinéa 5, ajoute encore que la décharge ne peut profiter au cohabitant dont la déclaration de cohabitation légale a été faite dans les 6 mois précédant le dépôt de la requête en réorganisation judiciaire, tandis que, suivant l'article 70, alinéa 5, de la loi, « *la décharge ne profite pas aux codébiteurs et débiteurs de sûretés personnelles, sans préjudice de l'application des articles 2043bis à 2043octies du Code civil* ».

71. La rédaction du nouvel article 69 de la loi sur la continuité des entreprises n'est guère plus heureuse. Il prévoit, dans son alinéa 1<sup>er</sup>, que les voies d'exécution du chef des créances sursitaires sont suspendues au profit de la personne physique qui, à titre gratuit, s'est constituée sûreté personnelle du débiteur, à compter du jugement qui ordonne un transfert sous autorité de justice jusqu'au jugement qui clôture la procédure. L'alinéa 2 précise que sont également suspendues, pendant la même période, toutes les voies d'exécution du chef des créances sursitaires à charge du conjoint, ex-conjoint ou cohabitant légal qui est *coobligé, par l'effet de cette qualité*, à la dette du débiteur. Sauf si le débiteur se voit déchargé de ses obligations, les créanciers recouvrent donc leurs voies d'action dès la clôture de la procédure de transfert d'entreprise.

Cet article 69, alinéa 2, paraît ainsi redondant avec le nouvel article 33, § 2, de la loi qui étend, quel que soit l'objectif poursuivi par la procédure, le bénéfice du sursis aux mêmes (ex-)conjoint ou cohabitant du débiteur. Une différence terminologique existe néanmoins puisque l'article 33, § 2, concerne les proches du débiteur qui sont, *par les effets de la loi*,

<sup>163</sup>. *Doc. parl.*, Ch. Repr., 2012-2013, n° 2692/001, p. 31.

<sup>164</sup>. *Ibid.*

<sup>165</sup>. *Ibid.*

coobligés à la dette de ce dernier, tandis que l'article 69, alinéa 2, suspend les voies d'exécution à charge des (ex-)conjointes et cohabitantes légaux qui, *par l'effet de cette qualité*,

sont coobligés à la dette du débiteur. Les travaux préparatoires ne justifient nullement cette nuance terminologique, dont la portée apparaît pourtant délicate à saisir.

#### IV. CONCLUSION

72. Force est de reconnaître que jamais n'a faibli, en bientôt quinze années d'application de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, la vigueur des débats doctrinaux, discordes jurisprudentielles et querelles d'exégètes suscitées par le régime de l'excusabilité.

Intervenu au moyen de lois « correctrices » à quatre reprises, le législateur n'est pas parvenu à apaiser les très nombreuses interrogations et difficultés d'interprétation liées aux articles 80 à 82 de la loi sur les faillites, qui ont soulevé près de cinquante questions préjudicielles et autres recours en annulation déferés à la Cour constitutionnelle. Ce qu'on n'a parfois qualifié de « saga de l'excusabilité »<sup>166</sup> prend désormais les allures d'une épopée.

73. Au cours des dernières années, c'est principalement autour de la situation du conjoint du failli et des personnes assimilées au conjoint que se sont cristallisés les débats. Les différentes décisions prononcées récemment par la Cour constitutionnelle et la Cour de cassation ont laissé subsister différentes zones d'ombres, soulignées dans le cadre de la présente contribution, dont on rappellera ici les plus opaques.

D'abord, si la loi du 18 juillet 2008 a ouvert à l'ex-conjoint du failli le bénéfice du régime de l'excusabilité, l'étendue de sa libération prête à confusion dès lors que l'article 82, alinéa 2, vise « l'ex-conjoint qui est personnellement obligé à la dette de son époux *contractée* du temps du mariage » (*supra*, n° 24). La référence aux dettes *contractées* laisse à penser, quoique nous ne souscrivions pas à pareille interprétation, que la dette fiscale de l'ex-époux, par exemple, dont on ne peut considérer qu'elle fut jamais *contractée* par les conjoints, échapperait ainsi au bénéfice de la libération. De même, si la Cour constitutionnelle a, par un arrêt du 18 novembre 2010 (*supra*, n° 25), invité les tribunaux à faire profiter le cohabitant légal du failli des effets de l'excusabilité, la lacune ainsi constatée n'a pas encore été comblée. On trouve une autre carence législative, dénoncée par la Cour constitutionnelle dans ses arrêts des 27 avril 2005 et 4 février 2010, sous l'article 24*bis* de la loi sur les faillites (*supra*, n° 62) qui, s'il place les cautions du failli à l'abri des poursuites des créanciers à compter du jugement de faillite, oublie d'octroyer la même protection au conjoint du failli et, *a fortiori*, aux personnes assimilées à celui-ci. Cette dernière décision, en reconnaissant qu'une cession de rémunération entre également dans le champ d'application de l'article 24*bis*, conduit à s'interroger sur le sort de l'ensem-

ble des mécanismes conventionnels de sûreté consentis par le conjoint ou la caution du failli – lesquels, bien qu'ils ne constituent pas une « voie d'exécution » au sens de cette disposition, pourraient également, à suivre la Cour, être paralysés par le jugement déclaratif de faillite.

Sur la portée précise de la libération de l'époux, ensuite, la Cour de cassation a, par ses arrêts des 10 janvier et 25 mai 2010, jugé que la quotité de l'impôt afférente aux revenus du conjoint n'est pas une « dette du failli » au sens de l'article 82, alinéa 2, de la loi du 8 août 1997 et résiste par conséquent à la déclaration d'excusabilité. Si nous estimons que les décisions ultérieures de la Cour de cassation comportent, à cet égard, un revirement de jurisprudence, d'aucuns considèrent, au contraire, que la haute juridiction a consacré un régime propre aux dettes de nature fiscale (*supra*, n°s 35 et s.). Dans le même ordre d'idées, la Cour constitutionnelle paraît suggérer, au détour d'un étonnant attendu de son arrêt du 21 mars 2013 (*supra*, n°s 39 et s.), qu'il y a lieu, au moment de statuer sur la libération du conjoint, d'avoir égard au régime matrimonial choisi par les époux. Elle souligne, à juste titre, qu'au regard de l'objectif poursuivi par le législateur, à savoir la protection des revenus issus de la nouvelle activité du failli, il n'est pas utile de faire obstacle aux poursuites dirigées contre le conjoint du failli marié sous le régime de la séparation de biens. Cette interprétation heurte toutefois la jurisprudence des juges du fond et de la Cour de cassation qui n'opèrent pas une telle distinction.

Le régime de la décharge des cautions n'échappe pas davantage à l'insécurité juridique. Relevons, d'une part, l'incertitude qui plane sur l'engagement de l'(ex-)conjoint ou du cohabitant légal du failli en qualité de sûreté personnelle de ce dernier. L'excusabilité du failli libère-t-elle, comme nous le pensons (*supra*, n° 33), de plein droit le conjoint d'une telle obligation ou bien le conjoint qui s'est porté sûreté personnelle de la dette du failli doit-il obtenir, comme le soutiennent d'autres, la décharge de son engagement suivant la procédure et les conditions de l'article 72*bis* de la loi sur les faillites? Plus fondamentalement, reste, d'autre part, soumise à controverses et jurisprudences divergentes la question de l'assimilation aux sûretés personnelles des personnes qui se sont engagées en qualité de codébiteur solidaire, non intéressé à la dette du failli (*supra*, n° 52).

Enfin, sous couvert de calquer le régime de l'(ex-)conjoint ou cohabitant légal du débiteur en sursis sur celui des proches du failli, le législateur a, par l'adoption de la loi du

<sup>166</sup>. C. BIQUET-MATHIEU et S. NOTARNICOLA, *o.c.*, p. 47.

27 mai 2013 modifiant la loi du 31 janvier 2009 sur la continuité des entreprises, encore ajouté à la perplexité des commentateurs. La nouvelle mouture des articles 33, § 2, 69, alinéa 2 et 70, alinéa 4, de la loi évoquent, sans que le législateur ait pris la peine de s'en expliquer lors des travaux parlementaires, la situation de l'(ex-)conjoint ou cohabitant légal, tour à tour « *coobligé, par les effets de la loi* », à la dette du débiteur en sursis, « *coobligé* » à la dette de ce dernier et « *coobligé, par l'effet de cette qualité* », à la dette du débiteur sursitaire, tandis que, pour rappel, l'article 82, alinéa 2, de la loi sur les faillites, dont chacun des termes a par le passé fait l'objet de savantes exégèses, concerne désormais l'(ex-)conjoint du failli qui « *est personnellement obligé à la dette de son époux* ». Doit-on lire, au travers de ces subtiles nuances terminologiques, la volonté législative de réserver un champ d'application ou un régime légèrement différent à chacune des dispositions en question (*supra*, n<sup>os</sup> 65 et s.)?

Ce bref catalogue, non exhaustif, des interrogations et controverses qui perdurent montre que la « saga » de l'excusabilité du failli est encore bien loin de l'épilogue. Si certaines d'entre elles peuvent paraître anecdotiques, d'autres, à l'image de l'incidence du régime matrimonial choisi par les époux, conduisent à une remise en question de l'économie globale du régime de l'excusabilité.

**74.** En ce qui concerne plus spécifiquement la situation du conjoint du failli, il faut admettre que sa libération, parfois qualifiée d'« *aubaine (...) puisqu'elle lui permet d'être libéré de ses propres dettes* »<sup>167</sup>, aboutit, dans l'interprétation retenue par les juridictions suprêmes, à une protection du patrimoine propre de ce dernier bien supérieure à celle prévue par l'article 98 de la loi sur les faillites. Aux termes de cette disposition, « *le paiement des dettes communes contractées par le failli dans l'exercice de sa profession et qui ne sont point réglées par la liquidation de la faillite ne peut être poursuivi sur le patrimoine propre du conjoint du failli* ». Or, par le jeu de l'excusabilité, le conjoint voit son patrimoine propre protégé non seulement des créanciers professionnels de son époux failli mais également, à suivre les arrêts de la Cour de cassation des 24 février 2011, 8 juin 2012 et 18 octobre 2013, d'une large partie de ses créanciers personnels (*supra*, n<sup>os</sup> 45 et s.). Ne demeureraient, en effet, susceptibles de poursuites que les dettes du conjoint dont le

failli n'est pas le débiteur solidaire par l'effet de la loi et pour lesquelles ce dernier ne s'est pas porté volontairement codébiteur ou caution.

Rappelons par ailleurs qu'à l'égard du failli, l'excusabilité a uniquement pour effet de museler les poursuites des créanciers<sup>168</sup>. En plaçant ce dernier à l'abri des créanciers, plutôt qu'en prononçant l'extinction pure et simple de ses obligations, le législateur a entendu permettre aux accessoires de la créance (gages, hypothèques, cautions, ...) de subsister<sup>169</sup>. Pourtant, dans les espèces tranchées par les arrêts précités de la Cour de cassation, l'hypothèque consentie par le conjoint du failli sur son immeuble propre a, fort logiquement et en bon accessoire, suivi le sort libératoire de la dette principale. En d'autres termes, l'article 82, alinéa 2, de la loi offre au patrimoine du conjoint un degré de protection finalement assez semblable à celui garanti au failli par l'excusabilité. A cette différence fondamentale près que le patrimoine du conjoint, à l'inverse de celui du failli, n'a subi aucun dessaisissement, pas plus qu'il n'a été intégralement réalisé en vue de désintéresser les créanciers. Interrogée à cet égard, la Cour constitutionnelle<sup>170</sup>, s'était contentée de rétorquer que « *le failli et son conjoint (...) se trouvent, compte tenu de la qualité de commerçant du failli, dans des situations essentiellement différentes qui justifient [la différence de traitement examinée]* ». On peut, néanmoins, se demander si le législateur a sciemment entendu réserver une telle protection au patrimoine propre du conjoint du failli lorsque, par la loi du 4 septembre 2002, il a édicté que « *le conjoint [...] est libéré [...] par l'effet de l'excusabilité* »<sup>171</sup>.

**75.** Au cours des deux dernières législatures, différentes propositions de loi, qui suggèrent de réformer en profondeur le mécanisme de l'excusabilité et la décharge des cautions, ont été soumises aux travaux parlementaires. Relevons par exemple les propositions de M. George<sup>172</sup> et de MM. Terwingen<sup>173</sup> et consorts qui visent respectivement, entre autres mesures, à supprimer la possibilité consentie au tribunal de commerce de décharger les sûretés personnelles et à circonscrire les effets de l'excusabilité aux seules « dettes commerciales » du failli. A ce jour, aucune de ces propositions de la loi n'est parvenue à dépasser le stade de la prise en considération par les assemblées législatives.

<sup>167</sup>. C. BIQUET-MATHIEU et S. NOTARNICOLA, *o.c.*, p. 85.

<sup>168</sup>. Aux termes de l'art. 82, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi sur les faillites, « *si le failli est déclaré excusable, il ne peut plus être poursuivi par ses créanciers* ».

<sup>169</sup>. A ce sujet, voy. P. HENFLING et J. WILLEMS, *o.c.*, p. 34; G.-A. DAL, « L'excusabilité de la loi du 4 septembre 2002, réparation ou bricolage? », *J.T.*, 2003, p. 637; A. CUYPERS, *o.c.*, pp. 267 et s.; F. 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.*, 2002, p. 419.

<sup>170</sup>. C.C., 18 mai 2011, n<sup>o</sup> 87/2011, *Arr. C.C.*, 2011, p. 1519.

<sup>171</sup>. En ce sens, voy. les conclusions de M. l'avocat général Th. WERQUIN avant Cass., 24 février 2011, *Pas.*, 2011, p. 653. Voy. également J. LARUELLE, *o.c.*, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 961; B. SCHEERS, « Verschoonbaarverklaring nu ook voor wettelijk samenwonenden », *N.F.M.*, 2011, p. 290.

<sup>172</sup>. *Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, n<sup>o</sup> 53-0167/001 et *Doc. parl.*, Chambre, 2011-2012, n<sup>o</sup> 53-2407/001. Pour un commentaire de ces propositions de loi, voy. T. BOSLY, M. ALHADEFF et A.-S. DE CLERCQ, « Développements récents en matière de faillite », in *Réorganisation judiciaire, faillite, liquidation définitive: actualités et pratique*, Liège, Anthémis, 2010, C.U.P., vol. 120, pp. 258 et s.; A. AYDOGAN, *o.c.*, *T. Not.*, 2013, p. 506.

<sup>173</sup>. *Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, n<sup>o</sup> 53-1018/001. Voy. également la proposition de loi déposée le 16 juin 2011 par MM. TERWINGEN et consorts (*Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, n<sup>o</sup> 53-1600/001) dont l'objet se limite, pour sa part, à préciser l'étendue de la libération de l'ex-conjoint du failli telle que prévue par l'art. 82, alinéa 2, de la loi sur les faillites.

A l'heure où la Commission européenne, au travers de sa communication du mois de décembre 2012 et de sa recommandation du 12 mars 2014<sup>174</sup>, élève au rang « d'action clef » l'harmonisation des régimes nationaux destinés à offrir une « seconde chance » au failli de bonne foi, au nom, entre autres, de la lutte contre la crise économique et de l'amélioration du fonctionnement du marché intérieur, on ne

peut que joindre notre voix à celles, déjà nombreuses<sup>175</sup>, qui en appellent au législateur belge pour harmoniser, clarifier et, en dernière instance, repenser en profondeur le régime de l'excusabilité du failli et de la libération sous-jacente de ses proches. A l'image de Vladimir et Estragon dans la célèbre pièce de Beckett, il ne reste qu'à attendre ...

---

<sup>174</sup>. *O.c.*

<sup>175</sup>. Voy. notamment, B. INGHELS, *o.c.*, p. 331; E. VAN DEN HAUTE, « Les époux face à l'insolvabilité: quelle (in)sécurité juridique? », *Rev. dr. U.L.B.*, 2008, pp. 63 et s.; I. VEROUSTRAEETE, « Des vicissitudes de l'excusabilité », *R.P.S.*, 2010, p. 114; A. HENDERICKX, *o.c.*, p. 293; A. AYDOGAN, *o.c.*, *T. Not.*, 2013, p. 502; M. VANMEENEN, « Actualia faillissementsrecht », in CBR (ed.), *CBR Jaarboek 2012-2013*, Anvers, Intersentia, 2013, p. 355, n° 93.