

« Le caractère gratuit est évalué au cas par cas. [...] Il s'agit uniquement d'un avantage économique, pas d'un avantage affectif. Le caractère gratuit est une question de fait qui doit être évaluée au cas par cas » (*Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, Doc. n° 51-2730/003, p. 9).

Le juge peut donc apprécier *in concreto* le caractère gratuit de l'engagement de la caution.

B.17.2. Il convient de souligner que l'article 80, alinéa 3, de la loi sur les faillites ne peut être interprété comme excluant de la condition de gratuité de l'engagement de la caution, la personne qui cohabite en fait avec le failli excusé, pour la seule raison qu'elle cohabite avec ce dernier.

En effet, comme il est indiqué en B.11., la cohabitation de fait ne crée juridiquement aucune forme de solidarité patrimoniale des partenaires, de sorte qu'on ne peut considérer que cette situation de fait induit comme telle un intérêt économique, direct ou indirect, du cohabitant de fait qui se serait engagé comme caution.

S'il est raisonnablement justifié que le législateur n'ait pas automatiquement étendu les effets de l'excusabilité au coha-

bitant de fait, il n'est par contre pas raisonnablement justifié que la cohabitation de fait empêche toute décharge de la caution à titre gratuit du cohabitant de fait, lorsque celui-ci n'a pas frauduleusement organisé son insolvabilité et que son obligation est disproportionnée à ses revenus et à son patrimoine. Pour le surplus, l'appréciation de la situation factuelle des cohabitants de fait appartient au juge *a quo*.

B.18. Compte tenu de ce qui est dit en B.17.2., la question préjudicielle appelle une réponse négative, en ce qu'elle vise l'article 80, alinéa 3, de la loi sur les faillites.

Par ces motifs,

la Cour

dit pour droit:

Compte tenu de ce qui est dit en B.17.2., les articles 80, alinéa 3, et 82, alinéa 2, de la loi du 8 août 1997 sur les faillites ne violent pas les articles 10 et 11 de la Constitution.

(...)

Note

David Pasteger¹

1. Suivant l'article 82, alinéa 2, de la loi sur les faillites, le conjoint du failli qui est personnellement obligé à la dette de son époux est libéré de cette obligation par l'effet de l'excusabilité. Depuis l'adoption de la loi du 18 juillet 2008, la même disposition ajoute que la libération profite également à l'ex-conjoint qui est personnellement obligé à la dette de son époux contractée du temps du mariage². Par un arrêt du lacune du 18 novembre 2010³, la Cour constitutionnelle a encore étendu le bénéfice de la libération au cohabitant légal du failli.

Cette fuite en avant du champ d'application *ratione personae* de la libération des proches du failli excusable a trouvé un point d'arrêt dans la décision annotée. Le cohabitant de fait du failli n'est pas libéré des dettes qu'il a en commun avec ce dernier par le jeu de l'excusabilité.

2. Dans la même décision, la Cour constitutionnelle précise toutefois que la qualité de cohabitant de fait du failli n'exclut pas, de plein droit, celui-ci de la possibilité, offerte par l'article 80, alinéa 3, de la loi du 8 août 1997, d'obtenir la décharge de son engagement, consenti à titre gratuit, en qualité de sûreté personnelle du failli. On savait de longue date que l'administrateur, le gérant, voire l'actionnaire d'une société, qui se porte caution des engagements de cette dernière ne peut prétendre que cet engagement est intervenu à titre gratuit⁴ au motif que « *la nature gratuite de la constitution de sûreté personnelle signifie l'absence de tout avantage économique, tant direct qu'indirect, dont la sûreté personnelle peut bénéficier grâce à la sûreté constituée* »⁵. Le 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

¹ Substitut de Procureur du Roi de Liège, assistant à l'Université de Liège.

² La Cour constitutionnelle avait pourtant, par un arrêt du 3 mai 2006 (n° 67/2006, *C.A.-A.*, 2006, p. 815), jugé qu'exclure l'ex-conjoint du failli du bénéfice de la libération est conforme au principe d'égalité.

³ C.C., 18 novembre 2010, n° 129/2010, *C.C.-A.*, 2010, p. 1983; *J.T.*, 2011, p. 124, note M. LEMAL.

⁴ En ce sens, voy. 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; 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.

⁵ Cass., 26 juin 2008, R.G. C.07.0546.N, *J.L.M.B.*, 2009, p. 720, note T. CAVENAILE; *Pas.*, 2008, I, p. 1682; *Rev. prat. soc.*, 2008, p. 84, note W. DERIJCKE et Cass., 26 juin 2008, R.G. C.07.0596.N, *Pas.*, 2008, I, 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.

n'est, à suivre la jurisprudence majoritaire⁶, pas désintéressée dès lors que le conjoint nourrit l'espoir que l'activité sociale génère un revenu qui enrichira le patrimoine commun. Dans un arrêt du 4 novembre 2013⁷, la cour d'appel de Gand avait été encore plus loin dans l'interprétation restrictive de la notion de gratuité, jugeant 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 ». Cette opinion n'est manifestement pas partagée par la Cour constitutionnelle qui refuse, dans l'arrêt annoté, d'ériger la cohabitation de fait en un obstacle dirimant à la décharge du cautionnement donné à titre gratuit. Reste au cohabitant de fait du failli à démontrer que les autres conditions de la décharge sont réunies, à savoir, outre le dépôt de la déclaration visée à l'article 72ter de la loi, le caractère disproportionné de son engagement à ses revenus et à son patrimoine⁸.

⁶ 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.

⁷ Gand, 4 novembre 2013, *R.D.C.*, 2014, p. 706.

⁸ Pour un examen plus étendu de l'ensemble de ces questions, voy. D. PASTEGGER, « Le point sur la libération des proches du débiteur failli ou sursitaire: en attendant Godot », *R.D.C.*, 2014, p. 647.