

De l'excusabilité à l'effacement: le point sur les mécanismes de *fresh start*, et de décharge des cautions, dans le Livre XX du Code de droit économique

David Pasteger¹

I. Les objectifs de la réforme: hâter et clarifier	266
II. Les mesures de faveur dans la procédure de faillite	267
A. Le failli: effacement du solde de ses dettes	267
1. Les conditions de l'effacement	267
a. Une requête en effacement (et son délai)	268
b. De la quasi-automaticité à l'automaticité: l'inversion du contentieux.	269
c. S'opposer à l'effacement: la faute grave et caractérisée	269
2. Les effets de l'effacement: libération totale ou partielle	271
3. L'effacement « anticipé »	271
B. Les proches du failli	273
1. L'effacement des dettes du failli profite à son (ex-)conjoint ou (ex-)cohabitant légal	273
a. Une libération de plein droit: <i>ratio legis</i>	273
b. Quels proches du failli profitent de l'effacement?	273
c. L'étendue de la libération: dettes contractuelles et professionnelles	273
2. La suspension des voies d'exécution?	276
C. La décharge des sûretés personnelles, à titre gratuit, du failli	277
III. Les mesures de faveur dans la procédure de réorganisation judiciaire	278
A. Le débiteur sursitaire: l'effacement après le transfert intégral de son entreprise	278
B. Les proches du débiteur sursitaire	279
a. La suspension des voies d'exécution!	279
b. L'effacement profite aux proches du débiteur	279
C. Les sûretés personnelles, à titre gratuit, du débiteur sursitaire	280

1. Ne dites plus *excusabilité* mais, à l'aune du Livre XX du Code de droit économique, dites *effacement* des dettes. Après avoir souligné les ambitions de cette réforme, qui dépassent nettement la cosmétique du langage (I.), on exa-

minera successivement les nouveaux régimes organisés en faveur du débiteur, de ses proches et de ses cautions dans le cadre d'une procédure de faillite (II.) et de réorganisation judiciaire (III.).

I. LES OBJECTIFS DE LA RÉFORME: HÂTER ET CLARIFIER

2. Inspirés par le droit américain², et depuis lors encouragés par les Institutions européennes³, les auteurs de la loi du 8 août 1997 sur les faillites⁴ avaient estimé que l'intérêt général⁵ commande, lorsqu'un failli est « malheureux et de

bonne foi », de lui offrir l'opportunité de prendre un nouveau départ, ou *fresh start*, en vue de sa réinsertion dans le circuit économique.

¹ Collaborateur scientifique à l'ULiège, substitut du procureur du Roi de Liège. Il va de soi que les analyses et opinions contenues dans les lignes qui suivent n'engagent que leur auteur et non les Institutions auxquelles il appartient.

² S. BRIJS, « *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.

³ 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 », 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 (Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social du 12 décembre 2012, Doc. n° 52-012DC0742).

⁴ *M.B.*, 28 octobre 1997, ci-après « la loi ».

⁵ *Doc. parl.*, Ch. Repr., 1991-1992, n° 631/001, p. 35.

Ainsi affranchi du solde du passif, après la réalisation intégrale de son patrimoine par la curatelle, le failli déclaré *excusable* 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.

3. L'importance économique de ce mécanisme n'a pas échappé au législateur de 2017 qui place la « promotion d'une seconde chance »⁶ au rang des principales ambitions du nouveau texte. Le projet de loi insiste sur deux moyens dont s'est vu doté le Livre XX pour rencontrer cet objectif.

D'une part, en remplaçant le mécanisme de l'*excusabilité* par celui de l'*effacement*, le ministre de la Justice affirme⁷ la volonté de mettre fin aux innombrables controverses doctrinales et autres revirements jurisprudentiels qui, dès l'adoption de la loi du 8 août 1997, ont grevé le régime du *fresh start*. En effet, entre les coups de boutoir assésés par la Cour constitutionnelle au nom du principe d'égalité (laquelle

s'est, à ce jour, penchée sur la question de l'*excusabilité* à plus de cinquante reprises) et ses quatre lois de réparation, l'*excusabilité* est – comme le soulignait déjà Mme Inghels en 2007⁸ – « sans doute une des matières qui a fait couler le plus d'encre ». Ce constat n'a pas été démenti depuis lors. En confectionnant le Livre XX du Code de droit économique, le législateur semble ainsi avoir prêté oreille aux nombreuses⁹ voix qui, depuis plus de 10 ans, l'enjoignent à repenser le régime de l'*excusabilité* du failli.

D'autre part, dans sa recommandation du 12 mars 2014¹⁰, la Commission européenne invitait les Etats membres à mettre en place un mécanisme, rapide, de réhabilitation des entrepreneurs faillis, suggérant qu'ils se voient pleinement libérés de leurs dettes au plus tard 3 ans après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Le vœu de la Commission n'a pas échappé aux rédacteurs du Livre XX dont les travaux préparatoires répètent, à l'envi, que « l'effacement doit pouvoir être obtenu le plus vite possible pour permettre au failli, personne physique, de mener une activité nouvelle »¹¹.

II. LES MESURES DE FAVEUR DANS LA PROCÉDURE DE FAILLITE

4. Si l'effacement concerne, au premier plan, le solde des dettes du failli (A.), et dès lors ses perspectives de réinsertion économique, il est également lourd de conséquences sur la situation patrimoniale de ses proches à savoir son conjoint, ex-conjoint, cohabitant légal ou ex-cohabitant légal (B.). Le sort des personnes qui se sont constituées sûretés personnelles des engagements du failli est, au contraire, indépendant de la question de l'effacement. Il sera examiné dans un troisième temps (C.).

A. Le failli: effacement du solde de ses dettes

1. Les conditions de l'effacement

5. Les auteurs du Livre XX annoncent: l'effacement « est en essence pour les personnes physiques, un système par lequel les dettes résiduelles après liquidation des biens sai-

ssissables sont automatiquement effacées »¹². L'article XX.173, § 1^{er}, le promet: « si le failli est une personne physique, il sera libéré envers les créanciers du solde des dettes (...) ».

Pour la personne physique faillie, cette nouvelle disposition exprime effectivement le caractère automatique de l'effacement des dettes qui n'ont pu être apurées par la réalisation de son patrimoine au profit des créanciers. Les § 2 et 3 de l'article XX.173 du code viennent toutefois immédiatement tempérer ce principe. D'abord, le tribunal n'aura à se prononcer sur l'effacement que si le failli en a fait la demande, dans le délai légal, par la requête visée au § 2 (a.). Ensuite, si la curatelle, le parquet ou un tiers s'oppose par requête à l'effacement, conformément au § 3, alors l'automatisme du processus (b.) disparaît au profit d'un débat autour d'éventuelles fautes graves et caractérisées commises par le failli (c.).

6. Projet de loi du 20 avril 2017, portant insertion du Livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au Livre XX, et des dispositions d'application au Livre XX, dans le Livre I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. Repr., 2016-2017, n° 2407/001, ci-après « le projet de loi », p. 4.

7. *Doc. parl.*, Ch. Repr., 2016-2017, n° 2407/004, p. 4.

8. B. INGHEL, « Petite histoire d'une grande idée: l'excusabilité [en matière de faillite] », *R.D.C.*, 2007, p. 308.

9. Outre B. INGHEL, *o.c.*; voy. not. E. VAN DEN HAUTE, « Les époux face à l'insolvabilité: quelle (in)sécurité juridique? », *Rev. dr. ULB*, 2008, pp. 63 et s.; I. VEROUSTRATE, « Des vicissitudes de l'excusabilité », *Rev. prat. soc.*, 2010, p. 114; A. HENDERICKX, « La décharge de la sûreté à titre gratuit du failli: le point sur la situation actuelle », (note sous Comm. Nivelles, 15 juin 2011), *J.L.M.B.*, 2013, p. 293; A. AYDOGAN, « De partnerbescherming na de verschoonbaarverklaring van de gefailleerde handelaar: verleden, heden en toekomst », *T. Not.*, 2013, p. 502; D. PASTEGGER, « Le point sur la libération des proches du débiteur failli ou sursitaire: en attendant Godot », *R.D.C.*, 2014, p. 674.

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

11. *Doc. parl.*, Ch. Repr., 2016-2017, n° 2407/001, p. 89 et n° 2407/004, p. 4.

12. *Doc. parl.*, Ch. Repr., 2016-2017, n° 2407/001, p. 89.

a. Une requête en effacement (et son délai)

6. Aux termes de l'article XX.173, § 2, du code, « l'effacement est uniquement octroyé par le tribunal à la requête du failli (...) ». Il s'agit probablement de l'évolution la plus lourde de conséquences par rapport au régime de l'excusabilité. En effet, le tribunal de commerce ne pouvait clôturer la procédure de faillite d'une personne physique sans avoir préalablement statué sur son excusabilité, conformément aux articles 73 et 80 de la loi. Dorénavant, il n'aura à se pencher sur l'effacement des dettes que si le failli n'a pas omis d'en faire la demande par requête.

L'article XX.173, § 2, du code poursuit en précisant les modalités, le délai et la forme de cette demande d'effacement: « requête que [le failli] doit ajouter à son aveu de faillite ou déposer dans le registre au plus tard trois mois après la publication du jugement de faillite, même si la faillite est clôturée avant l'expiration du délai ».

7. La loi ne précise pas la sanction attachée au dépassement du délai de 3 mois. C'est regrettable et la question ne manquera pas de susciter le débat. La volonté des auteurs de la loi paraît pourtant nette: « si celle-ci [la requête] n'est pas demandée dans l'aveu de la faillite ou dans une période limitée dans le temps après la déclaration de faillite, le débiteur perdra son droit à l'effacement de la dette »¹³.

Difficile à notre estimé de ne pas considérer ces 3 mois comme un délai dit « préfix », prescrit à peine de forclusion¹⁴, même si cette sanction n'est pas mentionnée *expressis verbis* par la loi^{15,16}.

La publication du jugement de faillite, point de départ du délai pour demander l'effacement, intervient, aux termes de l'article XX.107 du code, par les soins du curateur, dans les 5 jours du prononcé. C'est donc la curatelle, et non plus le

greffe comme prévu par l'article 38 de la loi sur les faillites, qui est chargée de cette publication aux annexes du *Moniteur belge*.

8. La loi ne précise pas les mentions que doit contenir la requête en effacement. Il s'agit, faute de partie adverse, d'une requête unilatérale. Elle est en effet notifiée, par le greffier, au seul curateur. Doit-elle dès lors, à peine de nullité, comporter les mentions exigées, pour toute requête unilatérale, par l'article 1026 du Code judiciaire?

On peut, à la lecture des travaux préparatoires, en douter: « les formulaires sur la base desquels l'aveu de la faillite sera fait, contiendront une rubrique dans laquelle le débiteur signale son souhait d'en bénéficier »¹⁷. Une rubrique, par exemple à cocher, dans le formulaire d'aveu semble donc un formalisme suffisant pour demander l'effacement des dettes. Au vu de l'enjeu financier qui entoure la demande et du délai pour l'introduire, la prudence commande néanmoins de veiller à insérer les mentions prévues à peine de nullité par l'article 1026 du Code judiciaire.

9. Si, comme suggéré par les auteurs du code, le formulaire d'aveu de faillite attire l'attention du failli sur la nécessité de requérir l'effacement, on peut supposer que la demande y sera systématiquement formulée. Tel ne sera vraisemblablement pas le cas lorsque dans l'hypothèse de faillites prononcées, non pas sur aveu, mais suite à la citation d'un créancier ou du ministère public. Dans ce cas, et singulièrement lorsque la faillite intervient par défaut, le délai de 3 mois pour introduire la demande pourrait constituer un piège dirimant, ôtant au failli mal informé tout espoir d'effacement et donc, à suivre la *ratio legis* de la loi, de *fresh start*. D'autant que la loi n'exige pas des curateurs qu'ils informent le failli, par exemple lors de la descente de faillite, de l'exis-

¹³. *Ibid.*

¹⁴. A. DECROES (« Les délais préfix (ou de forclusion) », *J.T.*, 2007, p. 871): « La rigueur du régime fait désirer un critère sûr pour distinguer les délais préfix des autres délais. Voilà malheureusement ce que la loi ne nous fournit pas. Il convient donc d'envisager les délais au cas par cas et se demander quel caractère la loi, le juge ou les parties ont voulu leur donner. Ont-ils entendu créer un délai fatal, automatique, non susceptible de prolongation? »

¹⁵. Le droit positif belge, et notamment le Code civil, est en effet parsemé de délais ayant été considérés ou jugés prescrits à peine de forclusion alors que le texte légal ne le mentionne pas expressément. Parmi les divers exemples cités par A. DECROES (*o.c.*, p. 872), relevons par exemple le délai pour agir en révocation d'un leg prévu par l'art. 1047 du Code civil, les « brefs délais » en matière de garantie des vices cachés d'une chose vendue (art. 1648 C. civ.) ou encore le délai de revendication de 3 ans imposé par l'art. 2279 du Code civil en matière de dépossession involontaire (en ce sens, voy. Liège, 27 juin 2001, *J.T.*, 2001, 797; *Rev. not. belge*, 2001, 740).

¹⁶. Telle n'est pas l'opinion de W. DERIJCKE (« De l'excusabilité du failli à l'effacement de ses dettes » in A. DESPONTIN (coord.), *La réforme du droit de l'insolvabilité et ses conséquences (sur les avocats): une (r)évolution?*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 222), qui estime que le dépôt tardif de la requête en effacement n'empêche aucune sanction, aux motifs que « sur le plan procédural, on n'a un peu de mal à comprendre l'article XX.173, § 2, qui requiert que la requête en effacement, soit jointe à l'aveu ou formulée au plus tard trois mois après la publication du jugement de faillite, sans qu'un éventuel retard ne reçoive la moindre sanction et alors qu'il résulte de l'article XX.173, § 2, al. 3 du Code de droit économique, que la demande d'effacement peut même être formulée après la clôture de la faillite. La seule façon rationnelle de concilier ces textes qui ne le sont pas, consiste à considérer que la demande en effacement, peut être formulée à tout moment à compter de l'aveu ou de la déclaration de faillite jusqu'à dix ans après la clôture de celle-ci (arg. art. 2262bis, § 1^{er}, al. 1^{er}, du code civil) ». Sur l'argument tiré de l'alinéa 3 de l'article XX.713, § 2, voy. notre opinion, *infra*, n° 20. Comp. J.-N. BASTENIERE et S. PARSA, « De l'excusabilité à l'effacement: vingt ans de réformes 'sparadrap' » in A. ZENNER (dir.), *Le droit de l'insolvabilité: analyse panoramique de la réforme*, Limal, Anthémis, 2018, qui renvoient tantôt à l'opinion de l'auteur précité (p. 637) mais indiquent en conclusions « le tribunal ne statue sur l'effacement que sur requête du failli et il y a lieu ici de rester attentif au délai » (p. 642) et, dans le même ouvrage, la contribution de N. OUCHINSKY (« Les innovations du Livre XX du Code de droit économique en matière de faillite – Questions choisies », p. 513 et s. spéc. 547): « il n'est, partant, pas tout à fait correct de prétendre que l'effacement serait devenu automatique, dès lors que, désormais, pour pouvoir en bénéficier, le failli devra nécessairement en avoir fait la demande dans les délais fixés par le législateur ».

¹⁷. *Doc. parl.*, Ch. Repr., 2016-2017, n° 2407/001, p. 89.

tence de la procédure d'effacement et de son délai de forclusion.

Reste à savoir si la Cour constitutionnelle n'y trouvera pas matière à réflexion.

b. De la quasi-automaticité à l'automaticité: l'inversion du contentieux

10. Dans sa mouture actuellement en vigueur, l'article 82, alinéa 2, de la loi sur les faillites prévoit que « sauf circonstances graves spécialement motivées, le tribunal prononce l'excusabilité du failli malheureux et de bonne foi ». Depuis que le texte est ainsi formulé¹⁸, on considère que l'excusabilité a acquis un caractère quasi automatique¹⁹: son octroi constitue un principe auquel le tribunal ne peut déroger qu'au prix d'une motivation spécifique²⁰.

Le régime instauré par l'adoption du Livre XX pousse cette logique plus loin. L'automaticité de l'effacement, vantée par les travaux préparatoires, y est en effet une réalité: il suffit que la personne physique faillie introduise, dans le délai, la requête en effacement pour que le tribunal y fasse droit. L'article XX.173, § 1^{er}, ne laisse, à ce stade, aucune marge d'appréciation au juge. La question ne sera en effet débattue, le tribunal retrouvant alors son pouvoir d'appréciation, que si un tiers intéressé, le curateur ou le ministère public fait l'effort de s'opposer, par requête, à l'effacement des dettes, conformément à l'article XX.173, § 3; il s'agit d'une inversion du contentieux.

11. L'accès du failli au bénéfice de l'effacement s'en trouve manifestement facilité (pour autant que la requête fut déposée dans le délai). En effet, sous l'empire de l'article 80, alinéa 2, de la loi sur les faillites, l'excusabilité est examinée par le tribunal après avoir entendu: (1) le rapport du juge-commissaire sur les circonstances de la faillite, en ce compris *in concreto* son avis sur l'excusabilité; le juge-commissaire rend par ailleurs compte (2) de la délibération des créanciers sur la question de l'excusabilité, qu'il a préalablement recueillie lors de l'audience de reddition des comptes visée à l'article 79 de la loi; et, le plus souvent, (3) l'avis du ministère public auquel la cause (clôture de la faillite) est, à peine de nullité, communiquée conformément à l'article 764, 8^o, du Code judiciaire. En pratique l'avis de la curatelle, présenté à l'audience, retient également l'attention du tribunal.

Ces différentes interventions, qui constituent autant de risques, pour le failli, d'entendre exprimer des griefs suscepti-

bles de conduire le tribunal à refuser l'excusabilité, ont disparu de la procédure organisée par le Livre XX: il n'y est plus question de l'avis du juge-commissaire ni de la délibération de l'assemblée des créanciers. Si le tribunal statue sur l'effacement avant la clôture de la faillite, la communication de la cause au parquet n'est, en outre, pas prescrite à peine de nullité.

Certes l'article XX.173, § 2, alinéa 1^{er}, du code prévoit-il que le curateur dépose, dans le registre central de la solvabilité, au plus tard un mois après la requête en effacement, « un rapport sur les circonstances pouvant donner lieu au constat de fautes graves et caractérisées » dans le chef du failli. Mais, d'une part, la requête en effacement sera – le plus souvent – jointe à l'aveu de faillite (art. XX.173, § 2, C.D.E.) et, au plus tard, déposée 3 mois après la déclaration de faillite. Par conséquent, au moment de verser son rapport au registre, le curateur est entré en fonction depuis, au plus, 4 mois et, le plus souvent, 1 mois seulement. Nul doute que le rapport ainsi déposé ne pourra, dans ces circonstances, être aussi étayé et averti qu'un avis exprimé au jour de la clôture de la faillite. D'autre part, et plus fondamentalement, le tribunal n'aura égard à ce rapport de la curatelle que si une requête a été déposée en vue de s'opposer à l'effacement.

c. S'opposer à l'effacement: la faute grave et caractérisée

12. Afin d'éviter l'effacement automatique des dettes du failli, il appartient aux intéressés de s'y opposer par requête. L'article XX.173, § 3, prévoit que « tout intéressé, en ce compris le curateur ou le ministère public peut, par requête communiquée au failli par le greffier, à partir de la publication du jugement de faillite, demander que l'effacement ne soit accordé que partiellement ou refusé totalement par décision motivée, si le débiteur a commis des fautes graves et caractérisées *qui ont contribué à la faillite*. La même demande peut être introduite par le biais d'une tierce opposition par requête au plus tard trois mois à compter de la publication du jugement accordant l'effacement ».

De la lecture des motifs du projet de loi, on apprend d'abord que le refus d'effacement doit rester une situation exceptionnelle²¹. Les débats parlementaires ont même auguré que « dans 95 à 99% des cas, l'effacement est accordé »²².

13. Jugées surannées, les conditions de « malheur » et « de bonne foi » du failli, qu'exigeait l'article 80, alinéa 2, de la loi sur les faillites, ont ainsi disparu du Livre XX²³. Le minis-

^{18.} La loi de réparation de la loi sur les faillites adoptée le 4 septembre 2002 (*M.B.*, 21 septembre 2002).

^{19.} *Doc. parl.*, Ch. Repr., 2016-2017, n° 2407/001: l'effacement est qualifié de « quasi-certitude » (p. 97).

^{20.} Mons, 30 janvier 2006, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1373; *J.T.*, 2006, p. 197. Voy. égal. 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.

^{21.} *Doc. parl.*, Ch. Repr., 2016-2017, n° 2407/001, p. 89.

^{22.} *Doc. parl.*, Ch. Repr., 2016-2017, n° 2407/004, p. 120.

^{23.} Mais pas des motifs du projet de loi, voy. *Doc. parl.*, Ch. Repr., 2016-2017, n° 2407/001, p. 98.

tre de la Justice l'explique sans ambages: « il convient d'abandonner cette terminologie dépassée et lourdement connotée d'un point de vue moral »²⁴. Toutefois, face aux vives réticences exprimées par les parlementaires à l'égard du caractère automatique de l'effacement²⁵, le même ministre rassurait immédiatement: « la bonne foi du failli est un élément essentiel que le juge doit prendre en considération lorsqu'il se prononce sur l'effacement des dettes ».

14. Force est de constater que les conditions de fond qui autorisent le tribunal à refuser l'effacement sont proches, malgré l'abandon textuel du critère de bonne foi, de celles qui prévalaient en matière d'excusabilité. En effet, la meilleure doctrine enseignait déjà qu'il s'agissait, 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 »²⁶ et qu'il reste, en conséquence, « digne de confiance » en vue d'une nouvelle activité économique²⁷. Par conséquent, on peut avancer que la jurisprudence attachée à circonscrire les conditions de l'excusabilité demeure en partie pertinente en matière d'effacement. Avaient, par exemple, motivé un refus d'excusabilité: le fait de retarder l'échéance de la faillite grâce au crédit artificiel né du non-paiement systématique de la TVA²⁸, l'organisation frauduleuse d'insolvabilité du failli²⁹, 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 faillite³⁰ ou encore l'absence de toute comptabilité aggravée de la poursuite prolongée d'une activité déficitaire³¹. Du reste l'emploi des termes « faute grave et caractérisée qui ont contribué à la faillite » par l'article XX.173 du code renvoie explicitement aux conditions, identiques, auxquelles le tribunal fait droit aux actions en comblement de passif mues par la curatelle (ou un créancier) à l'encontre du failli sur pied notamment des articles 265, 409, 530 du Code des sociétés. La vaste jurisprudence publiée à la suite de telles actions paraît donc également apte

à décrire les conditions d'un effacement³².

Une question vient toutefois à l'esprit. Dans l'appréciation du caractère malheureux et de bonne foi du failli, les tribunaux avaient souvent égard à la qualité de sa collaboration avec le curateur³³. Dans la mesure où le critère d'effacement réside uniquement dans l'absence de fautes, graves et caractérisées, *qui ont contribué à la faillite*, ne faut-il considérer que les éventuels manquements postérieurs à la faillite ne peuvent entrer en ligne de compte? On peut le penser, au vu du libellé de l'article XX.173, § 3, même si les débats parlementaires suggèrent l'opinion inverse³⁴. Ainsi, des circonstances qui, par le passé, ont conduit à refuser l'excusabilité, telles la poursuite d'une activité lucrative occulte après la faillite³⁵ ou le refus de renseigner le curateur sur le montant de la nouvelle rémunération du failli³⁶ ne devraient plus influencer le débat sur l'effacement.

Relevons encore que c'est sur la base des mêmes « fautes graves et caractérisées qui ont contribué à la faillite » que le tribunal de commerce peut, sur pied de l'article XX.229, § 1^{er}, du code, à la demande du ministère public ou d'un créancier, faire interdiction au failli d'exploiter, personnellement ou par interposition de personne, une entreprise³⁷.

15. La requête en vue de s'opposer à l'effacement est contradictoire et communiquée au failli par les soins du greffe. Nul doute que le formalisme, prescrit à peine de nullité, de l'article 1034^{ter} du Code judiciaire, trouve à s'appliquer. Elle peut être introduite, suivant l'article XX.173, § 3, du code, à partir de la publication du jugement de faillite. Impossible donc de se contenter de glisser, dans la citation en faillite, la demande d'opposition à l'effacement.

La demande peut être introduite jusqu'à ce que le tribunal prononce l'effacement, et même jusqu'à 3 mois après la publication au *Moniteur belge* du jugement. La requête prend dans ce dernier cas la forme d'une tierce opposition.

²⁴ *Doc. parl.*, Ch. Repr., 2016-2017, n° 2407/004, p. 54.

²⁵ *Voy. not. Doc. parl.*, Ch. Repr., 2016-2017, n° 2407/004, p. 53 et pp. 55-56 et p. 93.

²⁶ I. VEROUSTRÆTE (coord.) et al., *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 762.

²⁷ Mons, 3 juin 2013, *J.L.M.B.*, 2014, p. 45.

²⁸ 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.

²⁹ Liège, 16 mars 2006, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1376.

³⁰ Comm. Charleroi, 30 janvier 2007, *J.L.M.B.*, 2008, liv. 1, 38.

³¹ 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.

³² En ce sens, G. DE SAUVAGE et M. BROUHNS, « Le transfert d'entreprise sous le régime du Livre XX du Code de droit économique », in A. ZENNER (*op. ult. cit.*), p. 406.

³³ Anvers, 7 octobre 2010, *R.D.C.*, 2011, p. 586; Liège, 7 décembre 2006, *R.R.D.*, 2006, p. 451; Liège, 28 septembre 2006, *J.L.M.B.*, 2008, p. 15.

³⁴ *Doc. parl.*, Ch. Repr., 2016-2017, n° 2407/004, p. 55: selon le ministre, « parmi les motifs que le tribunal pourra avancer pour justifier l'absence de décision quant à l'effacement, on peut citer les éléments tirés de l'attitude du failli ».

³⁵ Liège, 28 septembre 2006, *J.L.M.B.*, 2008, p. 15.

³⁶ Liège, 7 décembre 2006, *R.R.D.*, 2006, p. 451. D'autant que ces revenus ne sont plus, désormais, affectés par le dessaisissement du failli; *voy. infra*, n° 21.

³⁷ Après les censures répétées par la Cour constitutionnelle (C.C., 12 juillet 2006, n° 119/2006; C.C., 22 novembre 2007, n° 144/2007; C.C., 31 mai 2012, n° 70/2012), il s'agit d'une nouvelle tentative du législateur en vue de confier au tribunal de commerce le pouvoir de prononcer une interdiction professionnelle.

16. L'article XX.173, § 3, du code, précise encore que la demande visant à s'opposer à l'effacement est recevable de la part de tout intéressé, du ministère public ou du curateur. S'il ne fait aucun doute que de telles requêtes seront introduites par les créanciers, intéressés économiquement à l'action, et par le ministère public, garant de l'ordre public économique, on aperçoit mal l'intérêt du curateur à agir en ce sens.

La question de savoir dans quelle mesure une procédure d'opposition à l'effacement entre dans le cadre des missions légales de la curatelle mérite d'ailleurs d'être posée. Peut-être serait-ce le cas lorsque le refus d'effacement est prononcé avant la clôture de la faillite. Alors la curatelle ne retrouverait-elle pas la possibilité de combler le passif au moyen de biens qui auraient enrichi le patrimoine du failli mais dont la cause, postérieure à l'ouverture de la faillite, leur permet désormais d'échapper, suivant l'article XX.110 du code, au dessaisissement du failli et donc à l'actif de la faillite?

2. Les effets de l'effacement: libération totale ou partielle

17. Suivant l'article XX.173, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du code, l'effacement a pour conséquence que le failli « sera libéré envers les créanciers du solde des dettes, sans préjudice des sûretés réelles données par le failli ou un tiers ».

Le terme « libéré » peut poser question. En matière d'excusabilité, l'article 82 de la loi prévoit que le failli « ne peut plus être poursuivi par ses créanciers ». On se souvient que cette dernière formule avait été adoptée, par le législateur de 2002, afin de préciser que l'excusabilité *n'éteint pas* les dettes du failli et, par corollaire, que leurs accessoires restent en force (caution personnelle, gage ou hypothèque consentis par un tiers, etc.). Puisque l'effacement entraîne désormais la libération des dettes, les créanciers ont-ils à craindre pour leurs accessoires? Non³⁸. Le code indique en effet explicitement que les sûretés réelles³⁹, qu'elles soient consenties par le failli ou par un tiers, résistent à l'effacement (art. XX.173, § 1^{er}, al. 1^{er}, C.D.E.), lequel ne profite pas plus « aux codébiteurs ni aux constituants de sûretés personnelles » (art. XX.175 C.D.E.).

Le second alinéa de l'article XX.173, § 1^{er}, du code reproduit à l'identique l'article 80, alinéa 3, de la loi sur les faillites, pour préciser que « l'effacement est sans effet sur les dettes alimentaires du failli et celles qui résultent de l'oblige-

gation 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 ».

18. On trouve, par contre, une innovation d'envergure sous l'article XX.173, § 3, du code aux termes duquel, si un tiers intéressé s'est opposé par requête à l'effacement, alors celui-ci peut être octroyé par le tribunal à titre seulement partiel. Sous l'empire de la loi du 8 août 1997, I. Verougstraete enseignait, non sans regretter par ailleurs cette rigidité, que l'excusabilité partielle est exclue: « c'est tout ou rien, ce qui simplifie la question et évite le risque d'une discrimination que pourrait commettre le juge »⁴⁰. Ainsi, les rares décisions qui ont prononcé une excusabilité limitée du failli, ont été fermement critiquées par la doctrine⁴¹.

Désormais, l'effacement pourra donc être accordé à titre seulement partiel. Si l'on peut y voir une souplesse bienvenue, des interrogations surgissent immédiatement. S'agit-il seulement de limiter le bénéfice de l'effacement à une certaine portion du passif – à la manière d'abattements de créances? Ou bien le tribunal est-il en mesure, au risque d'énervier le principe d'égalité entre les créanciers en concours, d'exclure certaines catégories de créances, voire certaines créances déterminées, du champ de l'effacement? Ainsi, lorsque l'opposition à l'effacement résulte de l'initiative, non pas du parquet ou de la curatelle, mais bien d'un ou de plusieurs créanciers, l'intérêt de ces derniers – au sens de l'article 17 du Code judiciaire – n'est-il pas limité à solliciter valablement le non-effacement des seules créances qui les concernent? Le tribunal saisit à la requête de ces créanciers ne risque-t-il pas de statuer *ultra petita* s'il refusait l'effacement pour ce qui concerne d'autres créances?

19. Il importe encore de souligner que, même si la question a suscité des débats parlementaires nébuleux⁴², l'effacement concerne, en principe, *toutes* les dettes du failli qui existent au jour de l'ouverture de la faillite: peu importe que leur nature « professionnelle » ou « privée », leur cause ou leur origine, l'article XX.173 ne comporte pas de telles distinctions.

Enfin, aux termes de l'article XX.237, alinéa 2, le failli qui a obtenu l'effacement est réputé réhabilité.

3. L'effacement « anticipé »

20. Le tribunal statue en principe sur la demande d'effacement au moment de la clôture de la faillite. Il peut toutefois,

³⁸. Voy. les interrogations pertinemment formulées à cet égard par N. OUCHINSKY (« Les innovations du Livre XX du Code de droit économique en matière de faillite – Questions choisies », in A. ZENNER (dir.), *op. ult. cit.*, p. 552

³⁹. Comp. Anvers, 28 janvier 2016, *N.J.W.*, 2016, p. 828, note J. WAELEKENS, « Zakelijke borg ».

⁴⁰. I. VERUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010, p. 759. En ce sens, voy. Mons, 10 mars 2014, *D.A.O.R.*, 2014, p. 123.

⁴¹. Comm. Verviers, 21 décembre 2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 981, note critique P. CAVENAILE; Comm. Gand, 1^{er} octobre 2015, *R.D.C.*, 2016, p. 863, note D. PASTEGER et A. VANDENBULKE.

⁴². *Doc. parl.*, Ch. Repr., 2016-2017, n° 2407/004, p. 99.

suivant l'article XX.173, § 2, alinéa 3, être amené à se pencher sur la question avant et même, exceptionnellement, après la clôture de la faillite.

Ainsi, le tribunal pourrait avoir à se prononcer sur l'effacement *après la clôture* de la faillite lorsque celle-ci intervient dans les 3 mois de son ouverture. Dans ce cas, le délai pour introduire la requête en effacement n'est pas encore arrivé à échéance au jour de la clôture. Si la demande est finalement introduite, le tribunal statuera sur l'effacement dans le mois du dépôt de la requête.

21. De manière moins anecdotique, l'article XX.173, § 2, alinéa 2, du code prévoit que « sans attendre la clôture de la faillite et dès que le délai de six mois est écoulé, le failli peut demander au tribunal de se prononcer sur l'effacement ». Cette disposition fait immédiatement penser à l'excusabilité anticipée prévue, depuis la loi du 20 juillet 2005, par l'article 80, alinéa 5, de la loi sur les faillites. Mal pensé, incompris, le mécanisme de l'excusabilité anticipée est un miroir aux alouettes. En effet, la déclaration anticipée n'a pas pour effet de placer les nouveaux revenus du failli, dessaisi de son patrimoine jusqu'au jour de la clôture de faillite, à l'abri de l'escarcelle du curateur⁴³. Elle n'emporte pas plus la libération immédiate des dettes du failli. En réalité, la déclaration anticipée d'excusabilité demeure privée de tout effet concret jusqu'au jour de la clôture de la faillite.

Le législateur de 2017 l'a bien compris. L'article XX.110, § 3, alinéa 2, du code prévoit désormais qu'échappent au dessaisissement du failli, et par conséquent à l'actif de la faillite, « les biens, les montants, sommes et paiements que le failli recueille à partir de la déclaration de la faillite en vertu d'une cause postérieure à la faillite ». Le failli, ajoute l'alinéa 3, conserve la gestion et la disposition de ces biens.

Ainsi, les revenus de la nouvelle activité professionnelle du failli ne sont plus versés dans l'actif de la faillite. Il en va de même d'une éventuelle succession qui viendrait à échoir au failli après le jugement déclaratif de faillite⁴⁴. Comme le proposait, *de lege ferenda*, le tribunal de commerce de Liège dans un jugement du 21 mai 2013⁴⁵, la cristallisation du passif induite par l'ouverture de la faillite est désormais, sous l'empire du nouveau Code de droit économique, accompagnée d'une cristallisation de l'actif.

22. L'article XX.173, § 2, alinéa 2, du code prévoit encore qu'« à la demande du failli, le tribunal communique à ce dernier, par le biais du registre, dans un délai d'un an à partir de l'ouverture de la faillite, les motifs qui justifient qu'il ne s'est pas prononcé sur l'effacement sans que cette communication ne préjuge de la décision qui sera rendue sur l'effacement ». On peine à comprendre le système imaginé par le législateur. Dans les 3 mois de la faillite, le failli doit avoir, à peine de forclusion, sollicité l'effacement (art. XX.173, § 2, al. 1^{er}, C.D.E.). Lorsque 6 mois se sont écoulés à dater du même jugement, le failli peut demander au tribunal de statuer sur l'effacement (art. XX.173, § 2, al. 2, C.D.E.). Le tribunal n'y est pas tenu, il peut attendre. On ignore même si une audience doit avoir lieu. S'il choisit de ne pas statuer, le tribunal doit s'en expliquer à la demande du failli et sous la forme, pour le moins étonnante, de « motifs » qui sont « communiqués par le biais du registre ». A première lecture, l'amoncèlement des délais mentionnés dans le texte précité paraît défier la logique. Ce sont, une fois n'est pas coutume, les travaux préparatoires qui éclairent ce point: « si dans un délai d'un an à partir de l'ouverture de la faillite, le failli n'a pas obtenu l'effacement, il peut demander au tribunal de lui communiquer les motifs qui justifient qu'il ne s'est pas prononcé »⁴⁶.

Voilà qui, à défaut de clarté, ne manque pas d'originalité. De sorte qu'il est audacieux, pour le commentateur, de s'aventurer au-delà de la paraphrase du texte légal. On peut toutefois imaginer que le ministère public sera informé, notamment via le registre, des demandes d'effacement. Si une information pénale, voire une instruction, à charge du failli est en cours au jour où celui-ci sollicite du tribunal qu'il statue sur l'effacement, alors le parquet pourrait informer le tribunal qu'il paraît prématuré de se prononcer, ce que le tribunal pourra alors répercuter au failli, sous forme de motifs, mais sans pour autant préjuger, via le registre.

Relevons encore que l'avantage, pour le failli, d'obtenir l'effacement avant la clôture de la procédure paraît limité. En effet, d'une part, les actions des créanciers susceptibles d'être affectés par l'effacement restent suspendues tant que dure le dessaisissement (art. XX.117 à XX.121 C.D.E.), à savoir jusqu'à la clôture de la faillite; d'autre part, les nouveaux revenus du failli échappent, de plein droit, au dessaisissement et donc à la mainmise du curateur (art. XX.110 C.D.E.).

⁴³ Cass., 25 septembre 2014, *R.D.C.*, 2015, p. 576, note D. PASTEGER, « La déclaration anticipée d'excusabilité, un supplice de Tantale? », *R.D.C.*, 2015, pp. 576-583. Voy. aussi E. BEGUIN, « Les effets limités de l'excusabilité prononcée avant la clôture de la faillite », *Rev. not. belge*, 2015, p. 679; Cl. PARMENTIER, « L'excusabilité anticipée du failli met-elle fin à son dessaisissement? » (note sous Bruxelles, 23 janvier 2015), *J.L.M.B.*, 2016, p. 604.

⁴⁴ Liège, 3 octobre 2013, *R.D.C.*, 2014, p. 703, note D. PASTEGER.

⁴⁵ Comm. Liège, 21 mai 2013, *D.A.O.R.*, 2014, p. 96.

⁴⁶ *Doc. parl.*, Ch. Repr., 2016-2017, n° 2407/004, p. 97.

B. Les proches du failli

1. L'effacement des dettes du failli profite à son (ex-)conjoint ou (ex-)cohabitant légal

23. Au cours des dernières années, parmi les « vicissitudes »⁴⁷ du régime de l'excusabilité, la question qui a suscité le plus de controverses est sans conteste l'étendue de la libération des proches d'un failli déclaré excusable. Avant d'examiner comment le Code de droit économique tente de résoudre cette difficulté (c.), on décrira successivement le principe et les ambitions du nouveau texte (a.) et son champ d'application *ratione personae* (b.).

a. Une libération de plein droit: *ratio legis*

24. Ainsi que se plaît à le répéter la Cour constitutionnelle – qui eut souvent à se pencher sur la question⁴⁸, et encore récemment⁴⁹ –, la *ratio legis* de l'extension du bénéfice de l'excusabilité au conjoint du failli, instaurée par la loi du 4 septembre 2002, vise uniquement à protéger le failli. L'interdiction des poursuites à charge du conjoint place, en effet, les revenus de la nouvelle activité du failli à l'abri des créanciers. Le *fresh start* du failli s'en trouve facilité.

C'est, peu ou prou, ce qu'expriment sommairement les travaux préparatoires du Livre XX pour justifier que l'effacement des dettes du failli continue de profiter aux proches de ce dernier⁵⁰.

Le législateur ajoute toutefois qu'il convient de limiter l'étendue de la faveur ainsi accordée aux proches du failli, afin d'éviter que ne se perpétuent certains abus⁵¹, qu'autorisait l'interprétation de l'article 82 de la loi sur les faillites retenue par les plus Hautes Juridictions. Deux arguments expliquent cette volonté de circonscrire la libération des proches du failli: d'une part, « ce serait discriminatoire à l'égard des conjoints et partenaires dans d'autres procédures collectives ou quasi collectives d'instaurer un régime illimité d'effacement », d'autre part, « le crédit accordé aux conjoints et partenaires de gérants d'entreprises deviendrait plus difficile vu le risque complémentaire créé par cet effacement potentiel ».

47. I. VEROUGSTRATE, « Des vicissitudes de l'excusabilité », *Rev. prat. soc.*, 2010, p. 114.

48. C.C., 3 mai 2006, n° 67/2006, *C.A.-A.*, 2006, p. 815; C.C., 7 mars 2007, n° 37/2007, *Arr. C.C.*, 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; 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, 40/2013, *M.B.*, 23 mai 2013; *J.L.M.B.*, 2013, p. 968; *R.D.C.*, 2013, p. 468.

49. C.C., 27 avril 2017, n° 49/2017.

50. *Doc. parl.*, Ch. Repr., 2016-2017, n° 2407/001, p. 98.

51. *Doc. parl.*, Ch. Repr., 2016-2017, n° 2407/004, p. 107.

52. Loi du 18 juillet 2008. La Cour constitutionnelle avait pourtant jugé qu'exclure l'ex-conjoint du bénéfice de la libération est conforme à la *ratio legis* de ce mécanisme de faveur et, partant, n'énervé pas le principe d'égalité (C.C., 7 mars 2007, n° 37/2007; C.C., 17 janvier 2008, n° 9/2008; C.C., 17 janvier 2008, n° 3/2008).

53. C.C., 18 novembre 2010, n° 129/2010, *Arr. C.C.*, 2010, p. 1983; *J.T.*, 2011, p. 124, note M. LEMAL; C.C., 13 juin 2013, n° 86/2013, *Arr. C.C.*, 2013, p. 1301.

54. Loi modifiant diverses législations en matière de continuité des entreprises (*M.B.*, 22 juillet 2012).

25. L'article XX.174, alinéa 1^{er}, du code prévoit donc que « le conjoint du failli, l'ex-conjoint, le cohabitant légal ou l'ex-cohabitant légal du failli, qui est personnellement obligé à la dette de celui-ci, contractée du temps du mariage ou de la cohabitation légale, est libéré de cette obligation par l'effacement »; tandis que l'alinéa 3 du même article réduit la portée de l'effacement en le déclarant « sans effet sur les dettes personnelles ou communes du conjoint, de l'ex-conjoint, du cohabitant légal ou de l'ex-cohabitant légal, nées d'un contrat conclu par eux, qu'elles aient été ou non contractées seul ou avec le failli, et qui sont étrangères à l'activité professionnelle du failli ».

La libération des proches du failli demeure nécessairement et directement liée à la question de l'effacement. Si le failli se voit gratifier de cette faveur, ses proches sont libérés de plein droit. A l'inverse, faute d'effacement des dettes du failli, il n'est pas question de soulager ses proches de leurs engagements.

b. Quels proches du failli profitent de l'effacement?

26. Si le bénéfice de la libération était à l'origine réservé au seul conjoint du failli, le législateur et la Cour constitutionnelle l'ont respectivement étendue à son ex-conjoint⁵² et à son cohabitant légal⁵³.

Depuis la loi du 27 mai 2013⁵⁴, il est prévu, comme le confirme l'article XX.173, alinéa 2, du code que « l'effacement ne peut profiter au cohabitant légal dont la déclaration de cohabitation légale a été faite dans les six mois précédant l'ouverture de la procédure de faillite ».

Demeurait encore incertaine, jusqu'à l'adoption du code, la situation de l'ex-cohabitant légal du failli. Il n'a pas été oublié par le législateur de 2017 qui, sans surprise, l'inclut parmi les proches qui bénéficient de l'effacement des dettes du failli. Plus personne ne manque désormais à l'appel.

c. L'étendue de la libération: dettes contractuelles et professionnelles

27. Pour saisir pleinement les contours du texte de

l'article XX.174 du code qui circonscrit l'étendue de la libération des proches d'un failli ayant obtenu l'effacement (ii.), un rapide rappel préalable des derniers épisodes de la « saga » jurisprudentielle attachée à cette question s'impose (i.); ces décisions comportent en effet les « situations abusives »⁵⁵ auxquelles les auteurs du code ont déclaré vouloir mettre fin.

i. Rappel des épisodes jurisprudentiels précédents

28. Dans un arrêt du 14 janvier 2010⁵⁶, la Cour de cassation était saisie de l'espèce suivante: l'épouse d'un failli, reconnu excusable, se trouve 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. L'arrêt commence par décréter que « la déclaration d'excusabilité ne concerne que les *dettes propres* du failli »⁵⁷, avant de juger que la partie de l'impôt afférente aux revenus de l'épouse « ne constitue pas une *dette propre* du failli, même si elle peut être recouvrée tant sur les biens communs que sur les biens propres des deux conjoints, conformément à l'article 394, § 1^{er}, du CIR 1992 ». En conséquence, l'excusabilité n'a pas pour effet de libérer le conjoint du failli de cette dette d'impôt. Aux termes d'une motivation en tous points identique, l'arrêt de la Cour de cassation du 20 mai 2010⁵⁸ confirme cette jurisprudence.

Par ces arrêts, la Cour de cassation paraissait donc poser le principe suivant: la libération du conjoint ne vaut que pour 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* »⁵⁹.

29. Cette interprétation n'a pas fait long feu. Une affaire jugée le 24 février 2011⁶⁰, par la même Cour, portait sur un crédit hypothécaire destiné à financer l'acquisition de la maison d'habitation d'un couple. En garantie du crédit, l'épouse du futur failli avait consenti une seconde hypothèque

sur un immeuble dont la nue-propriété appartenait à son patrimoine propre. Le crédit avait été contracté par l'épouse, non pas en qualité tiers garant, mais bien de codébitrice « concernée » par la dette, s'agissant d'acquiescer un immeuble pour l'habiter. Pourtant, la cour d'appel de Liège⁶¹ avait jugé que « 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 ». Confirmant cette décision, la Cour suprême ajoutait, aux termes d'une motivation laconique, que l'application de l'article 82, alinéa 2, de la loi « 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 ».

On y a lu un revirement de jurisprudence⁶². Peu importe, désormais, la cause de la dette, que celle-ci soit *propre* au failli ou *concerne* son conjoint. Le critère devient le suivant: le conjoint du failli déclaré excusable est libéré de toutes les *dettes du failli* antérieures à la faillite, c'est-à-dire de toutes celles qui peuvent être recouvrées sur le patrimoine du failli.

30. Les décisions ultérieures de nos plus Hautes Juridictions ont conforté cette analyse. D'abord, un arrêt de la Cour de cassation du 8 juin 2012⁶³ enseigne que le principe ainsi dégagé vaut « même si la dette [dont le conjoint du failli se prétend libéré] a été souscrite au profit du patrimoine propre du conjoint ». En l'espèce, il s'agissait d'un emprunt contracté par l'épouse du failli, pour lequel ce dernier s'était porté codébiteur solidaire, afin de racheter la part indivise de sa sœur, la belle-sœur du failli donc, dans l'immeuble 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.

La Cour constitutionnelle, appelée à se pencher sur la question par ses arrêts des 21 mars 2013⁶⁴ et 13 juin 2013⁶⁵, fut du même avis. En conséquence, comme le confirme un arrêt

⁵⁵ *Doc. parl.*, Ch. Repr., 2016-2017, n° 2407/004, p. 107 et voy. *supra*, n° 24.

⁵⁶ Cass., 14 janvier 2010, C.08.0503.N, *Pas.*, 2010, I, 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.

⁵⁷ Soulignement ajouté. En invoquant la notion de « dette propre », la Cour de cassation ne fait pas œuvre de création jurisprudentielle, mais s'inscrit dans le sillage de la Cour constitutionnelle (voy. *C.C.*, 12 mai 2004, n° 78/2004, *C.A.-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).

⁵⁸ Cass., 20 mai 2010, F.09.0088.N, *Pas.*, 2010, I, p. 1590; *F.J.F.*, 2011, p. 101.

⁵⁹ Au sens de l'art. 1216 du Code civil: lorsque l'affaire pour laquelle la dette a été contractée ne *concernait* pas un seul des coobligés, mais plusieurs, celui qui a payé dispose d'un recours contributoire à l'égard des autres.

⁶⁰ Cass., 24 février 2011, C.10.0322.F, *Pas.*, 2011, I, p. 653, Concl. T. WERQUIN; *J.L.M.B.*, 2011, p. 1673, note P. CAVENAILE; *R.D.C.*, 2011, p. 879, note D. PASTEGER.

⁶¹ Liège, 24 février 2009, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1345.

⁶² Voy. D. PASTEGER, « Excusabilité du failli, libération du conjoint et protection de son patrimoine propre », *R.D.C.*, 2011, p. 881; P. CAVENAILE, « Le sort du conjoint du failli après l'entrée en vigueur de la seconde loi de réparation du 1^{er} février 2005 », *J.L.M.B.*, 2011, p. 1673; D. PASTEGER, « Le point sur la libération des proches du débiteur failli ou sursitaire: en attendant Godot », *R.D.C.*, 2014, n° 37-38; J. LARUELLE, « La libération du partenaire du failli déclaré excusable: nouvelles déceptions pour les créanciers », *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 959.

⁶³ Cass., 8 juin 2012, C.11.0080.F, *Pas.*, 2012, I, p. 1322, Concl. T. WERQUIN; *J.L.M.B.*, 2012, p. 1367.

⁶⁴ *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.

⁶⁵ *C.C.*, 13 juin 2013, n° 86/2013, *Arr. C.C.*, 2013, p. 1301; *Rev. not. belge*, 2013, p. 3078. Voy. encore Cass., 8 mai 2015, C.13.0301.N, *Arr. Cass.*, 2015, p. 1168, Concl. C. VANDEWAL.

du 18 octobre 2013⁶⁶, la libération « s'étend à l'hypothèque consentie sur un de ses biens propres par le conjoint du failli, en garantie des engagements de ce dernier ».

31. Enfin, dans un récent arrêt du 27 avril 2017⁶⁷, la Cour constitutionnelle proposait la grille de lecture suivante: pour qu'une dette entre dans le champ de la libération, elle doit soit (1) avoir été contractée solidairement⁶⁸ avec le conjoint ou cohabitant failli; soit (2) avoir été rendue solidaire⁶⁹ entre les époux ou les cohabitants par l'effet d'une disposition légale – l'article 394 du CIR 1992 n'ayant toutefois pas, ajoute la Cour, cette portée.

ii. La portée de l'article XX.174 du code

32. Une première limite, de taille, à l'effacement des dettes des proches du failli s'est discrètement glissée sous le texte de l'article XX.174, alinéa 1^{er}, du code, au travers du terme *contractée*. Suivant cette disposition, l'effacement concerne: « le conjoint du failli, l'ex-conjoint, le cohabitant légal ou l'ex-cohabitant légal du failli, qui est personnellement coobligé⁷⁰ à la dette de celui-ci, *contractée* du temps du mariage ou de la cohabitation légale (...) ».

Ce terme *contractée*, on le lit déjà, depuis la réforme du 18 juillet 2008, sous l'article 82, alinéa 2, de la loi sur les faillites. Il s'y rapporte toutefois exclusivement aux dettes de l'ex-conjoint du failli, lesquelles doivent avoir été contractées du temps du mariage: « 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 (...) ». Nous avons estimé maladroit l'emploi de ce vocable qui laisse à penser que seules les dettes d'origine contractuelle sont, en ce qui concerne l'ex-époux et lui seul, affectées par la libération⁷¹. Or, exclure les dettes non-contractuelles, telles les dettes fiscales, ne correspond ni à la volonté exprimée par le législateur ni à la solution prônée par jurisprudence précitée.

Mais le libellé du nouvel article XX.174 du code paraît clair: le terme « *contractée* » s'y rapporte tant aux dettes du conjoint ou cohabitant qu'à celles de leurs *ex*. Ne faut-il en conclure que, désormais, seules les dettes d'origine contractuelles, à l'exclusion donc des dettes d'origine légale (telles les dettes fiscales et sociales), seront épargnées aux proches du failli par le jeu de l'effacement? Pour reprendre un exemple

dont a connu à plusieurs reprises la jurisprudence précitée, la quotité de l'impôt des personnes physiques afférant aux revenus du conjoint du failli n'est en aucun cas une dette *contractée* par ce dernier. Le conjoint n'en serait donc pas soulagé en cas d'effacement.

33. C'est sous le dernier alinéa de l'article XX.174 du code que le législateur a inscrit la principale limite à la libération des proches du failli: « l'effacement est sans effet sur les *dettes personnelles ou communes* du conjoint, de l'ex-conjoint, du cohabitant légal ou de l'ex-cohabitant légal, nées d'un *contrat conclu par eux*, qu'elles aient été ou non *contractées seul ou avec le failli*, et qui sont étrangères à l'activité professionnelle du failli »⁷². Cette disposition laisse pantois tant elle multiplie les pléonasmes ou tautologies. « *Dettes personnelles ou communes* »: c'est-à-dire, tout simplement, « les » dettes du conjoint, n'importe laquelle de ses dettes; « nées d'un contrat »: cela va de soi, des dettes non-contractuelles sont déjà exclues du champ de la libération par l'alinéa 1^{er} de l'article XX.174 du code; « *contrat conclu par eux* »: par qui d'autre? « *contractée* ou non seul ou avec le failli »: sans commentaire.

Les termes inutiles expurgés, l'on comprend (un peu) mieux: l'effacement est sans effet sur les dettes du conjoint, ex-conjoint, cohabitant ou ex-cohabitant légal du failli, qui sont étrangères à l'activité professionnelle du failli. Si l'on combine la lecture des articles XX.174, alinéa 1^{er} et XX.174, alinéa 3, du code à la jurisprudence, préalablement rappelée ci-dessus⁷³, qui s'est attachée à déterminer ce qu'est une « dette du failli », l'on croit pouvoir déduire que, pour entrer dans le champ de la libération, la dette doit:

- (1) avoir été (a) contractée solidairement par le failli et son conjoint/cohabitant (ou par son *ex* du temps du mariage/cohabitation) ou (b) avoir été contractée par un seul des membres du couple mais avoir été rendue solidaire entre les époux ou les cohabitants (ou entre les *ex* du temps du mariage/cohabitation) par l'effet d'une disposition légale (p. ex. l'art. 222 du Code civil qui prévoit la solidarité entre époux à l'égard des dettes contractées pour les besoins du ménage); et
- (2) être liée à l'activité professionnelle du failli.

34. Reste la question qui ne manquera pas de fâcher: qu'est-ce qu'une dette professionnelle? Une analogie avec la jurisprudence attachée à déterminer les frais qui, qualifiés de

^{66.} Cass., 18 octobre 2013, C.11.0080.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.

^{67.} C.C., 27 avril 2017, n° 49/2017; *J.L.M.B.* 2018, p. 23, obs. D. PASTEGER et F. ROZENBERG.

^{68.} En réalité la Haute juridiction mentionne les dettes contractées « conjointement ou solidairement », mais de manière à notre estimé erronée et incohérente avec les motifs de l'arrêt en question (D. PASTEGER et F. ROZENBERG, *op. cit.*, p. 31).

^{69.} *Ibidem*.

^{70.} En matière de réorganisation judiciaire, l'art. XX.96, § 2, al. 1^{er}, du code est mot pour mot identique, dans sa version néerlandaise, à l'art. XX.174, al. 1^{er}. En français, la traduction du terme *verbonden* a glissé de *coobligé* à *obligé*. Sur ce point, voy. *infra*, n° 48.

^{71.} D. PASTEGER, « Le point sur la libération des proches du débiteur failli ou sursitaire: en attendant Godot », *R.D.C.*, 2014, n° 24.

^{72.} Pour une critique avisée de cette « solution » adoptée par le législateur, voy. N. OUCHINSKY, *op. ult. cit.*, p. 567.

^{73.} Voy. *supra*, n°s 28 à 31 et spéc. n° 31.

« professionnels », sont déductibles fiscalement au sens de l'article 49 du CIR 1992 (à savoir les dépenses réalisées en vue d'acquiescer ou de conserver des revenus), s'avèrera peut être-utile.

Les travaux préparatoires suggèrent par ailleurs qu'en cas de dette mixte, c'est-à-dire « liée tant à l'activité non économique qu'à l'activité économique (p. ex. en cas d'utilisation mixte du bien acheté), ces dettes sont alors considérées dans leur ensemble pour l'application [de l'article XX.174 du code] comme n'étant pas étrangères à l'activité économique du débiteur. Autrement, l'objectif de cette règle, à savoir la continuité de l'activité économique, n'est pas atteint »⁷⁴.

35. Le législateur a introduit un dernier garde-fou, lourd de conséquences, en vue de limiter la portée de la libération des proches du failli. L'article XX.173, § 1^{er}, du code indique en effet que l'effacement intervient « sans préjudice des sûretés réelles données par le failli ou un tiers ».

En ce qui concerne les sûretés réelles données par le failli, il va de soi que l'effacement ne concerne que le solde des créances après la réalisation des biens dont le failli a été dessaisi, en ce compris donc les biens affectés d'une sûreté réelle, tels un gage ou une hypothèque. Par contre, en ce qui concerne les tiers, et particulièrement les proches du failli qui bénéficieront de l'effacement, cette nouvelle précision du texte de loi n'est pas neutre.

Pour le comprendre, repartons d'une hypothèse, considérée comme abusive lors des débats parlementaires⁷⁵, dont a eu à connaître la Cour de cassation dans une affaire précitée⁷⁶: un couple conclut un crédit hypothécaire pour acquiescer l'immeuble dans lequel il vit. En garantie du crédit, l'épouse consent en outre une seconde hypothèque sur un immeuble qui appartient à son patrimoine propre. L'époux est ensuite déclaré en faillite. La réalisation de l'habitation du couple ne suffit pas à désintéresser la banque qui se retourne sur l'immeuble propre de l'épouse. Le tribunal accorde le bénéfice de l'effacement.

Les conditions prévues à l'alinéa 1^{er} de l'article XX.174 du code pour permettre à l'épouse de profiter de l'effacement paraissent réunies: d'abord cette dernière est bien coobligée à la dette hypothécaire contractée avec le failli. Ensuite, la dette est-elle liée à l'activité professionnelle du failli? Oui,

répondra son épouse (nous ajoutons ici à l'espèce connue par la Cour de cassation): la maison comportait un bureau que le failli utilisait pour sa profession et l'administration fiscale a toujours admis une déduction, au titre de frais professionnels sur pied de l'article 49 du CIR 1992, des amortissements, intérêts du crédit hypothécaire, précompte immobilier, frais de chauffage, etc. à concurrence d'1/10 du montant total. Faudra-t-il en conclure que la créance hypothécaire est professionnelle? Sans doute, à suivre l'opinion, reproduite ci-dessus⁷⁷, des auteurs du code sur les dettes mixtes. L'épouse en sera donc libérée par le jeu de l'effacement. Néanmoins, le créancier hypothécaire demeurera en droit de procéder au recouvrement de sa créance sur l'immeuble hypothéqué, même si la dette du failli est effacée et que son épouse en est libérée, puisque l'hypothèque consentie par cette dernière résiste, suivant l'article XX.173 du code, à l'effacement⁷⁸.

2. La suspension des voies d'exécution?

36. L'article 24bis de la loi sur les faillites prévoit qu'à compter du jugement déclaratif de faillite, les voies d'exécution sont suspendues 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 »⁷⁹ qui voyait un créancier disposant d'une sûreté personnelle tenter d'obtenir la condamnation de celle-ci avant que l'excusabilité du failli ne soit prononcée et, partant, selon le régime en vigueur à l'époque, avant que la caution n'obtienne la décharge de son obligation. Cette situation avait été dénoncée par un arrêt du 27 avril 2005 de la Cour constitutionnelle⁸⁰. L'article XX.176, alinéa 5, du code prévoit un mécanisme analogue de suspension des poursuites dirigées contre les sûretés personnelles du failli.

37. A l'inverse, aucune suspension des voies d'exécution à charge du conjoint ou cohabitant légal du failli n'est organisée par la loi sur les faillites. Cette discrimination, déjà dénoncée par la Cour constitutionnelle dans son arrêt du 27 avril 2005⁸¹, a été rappelée par un arrêt du 4 février 2010⁸². Ces constats de lacune sont exprimés en termes suffisamment précis et complets pour permettre aux juges

⁷⁴ *Doc. parl.*, Ch. Repr., 2016-2017, n° 2407/001, p. 67. *Contra*, toutefois, n° 2407/004, pp. 99-100 et p. 107.

⁷⁵ *Doc. parl.*, Ch. Repr., 2016-2017, n° 2407/004, p. 107.

⁷⁶ Cass., 24 février 2011, C.10.0322.F, *Pas.*, 2011, I, p. 653, Concl. T. WERQUIN; *J.L.M.B.*, 2011, p. 1673, note P. CAVENAILE; *R.D.C.*, 2011, p. 879, note D. PASTEGGER.

⁷⁷ *Voy. supra*, n° 34.

⁷⁸ *Doc. parl.*, Ch. Repr., 2016-2017, n° 2407/004, p. 47.

⁷⁹ *Doc. parl.*, Chambre, 2004-2005, n° 1811/001, p. 8.

⁸⁰ C.C., 27 avril 2005, 77/2005, *C.A.-A.*, 2005, p. 937; *R.W.*, 2005-2006, p. 618, note A. DE WILDE. *Voy. égal.* C.C., 23 novembre 2005, n° 172/2005, *C.A.-A.*, 2005, p. 2191; *R.W.*, 2006-2007, p. 171; Mons, 30 mai 2005, *R.G.D.C.*, 2007, p. 488.

⁸¹ C.C., 27 avril 2005, n° 77/2005, *C.A.-A.*, 2005, p. 937.

⁸² 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; *Rev. prat. soc.*, 2010, p. 104, note I. Verougstraete; *R.W.*, 2009-2010, p. 1635, note E. Dirix; *R.D.C.*, 2010, p. 286; *T. Fam.*, 2010, p. 90, note C. Aerts.

d'étendre aux proches du failli la suspension des voies d'exécution prévue par l'article 24*bis*⁸³.

L'adoption du Code de droit économique était l'occasion pour le législateur de combler la lacune dénoncée depuis 2005. Il n'en a rien fait. Elle subsiste, et avec elle, le constat d'inconstitutionnalité. Appartient-il donc au juge de continuer à combler la lacune en paralysant, à tout le moins jusqu'au jugement relatif à l'effacement, toute voie d'exécution dirigée contre le conjoint, ex-conjoint, cohabitant ou ex-cohabitant légal du failli lorsqu'elle concerne une dette visée par l'article XX.174 du code? Il est délicat de répondre à la question de manière assertive dans la mesure où les modalités de la suspension des voies d'exécutions dirigées contre les sûretés personnelles du failli ont évolué avec l'adoption du code⁸⁴.

C. La décharge des sûretés personnelles, à titre gratuit, du failli

38. Le régime de la décharge des personnes qui, à titre gratuit, se sont constituées sûreté personnelle du failli était organisé par les articles 72*bis*, 72*ter* et 80 de la loi sur les faillites. Il est désormais regroupé, à droit plutôt constant, sous l'article XX.176 du code. Les principales modifications aux modalités de la décharge sont examinées dans les lignes qui suivent.

39. La situation des personnes engagées, à titre gratuit, en qualité de codébiteur solidaire du failli est incertaine. Dans le cadre de la loi sur les faillites, une doctrine majoritaire et diverses juridictions⁸⁵, sans que cette position soit toutefois unanime en jurisprudence⁸⁶, estimaient que le champ d'application de la décharge s'étend à la solidarité passive. Il s'agit des codébiteurs solidaires du failli dont l'engagement, à titre gratuit, est *in concreto* intervenu en qualité de sûreté personnelle non « concernée » par la dette au sens de l'article 1216 du Code civil.

Cette question n'est, hélas, pas réglée explicitement par le Code de droit économique. Elle reste donc ouverte, dans les mêmes termes que sous l'empire de la loi sur les faillites.

40. Il appartient désormais à la sûreté personnelle de déposer au greffe, non plus l'attestation prévue par les articles 72*bis* et 72*ter* de la loi sur les faillites, mais bien une requête dont les mentions obligatoires sont précisées par l'article XX.176, alinéa 2, du code. Cette requête doit, en vue de faciliter le travail administratif des greffes, enseigner les travaux préparatoires⁸⁷, préciser l'identité et le domicile du titulaire de la créance dont le paiement est garanti par la sûreté.

Comme la loi sur les faillites, le code ne prévoit aucun délai pour déposer la demande de décharge des sûretés personnelles. Elle peut par conséquent intervenir jusqu'au jour de la clôture de la faillite⁸⁸.

41. Le délai dans lequel il incombe au créancier qui jouit d'une sûreté personnelle de l'énoncer dans la déclaration de créance est réduit: le créancier ne dispose plus que de 3 mois à compter du jour de la faillite, suivant de l'article XX.156, alinéa 2, du code⁸⁹. Si le créancier omet de procéder à cette formalité, la sanction reste sans appel: la sûreté, pour autant qu'elle a effectivement été constituée à titre gratuit (mais sans avoir égard à sa situation patrimoniale ou à ses revenus) est déchargée⁹⁰.

42. Curieusement, l'obligation qui incombait au curateur d'informer les sûretés personnelles, aussitôt qu'elles sont connues, par courrier recommandé, du régime et des modalités de la décharge, suivant l'article 72*bis*, alinéa 2, de la loi sur les faillites a, purement et simplement, disparu du Code de droit économique. Dès lors, les sûretés personnelles ne seront avisées que par ... la publication de la faillite au *Moniteur belge*.

On trouve un autre élément défavorable aux sûretés personnelles sous l'article XX.176, alinéa 5, du code. En effet, pour prévenir la « course à la caution » dénoncée par la Cour constitutionnelle⁹¹, selon l'article 24*bis* de la loi sur les faillites, les voies d'exécution dirigées à leur encontre étaient suspendues, de plein droit, par le prononcé du jugement déclaratif de faillite. Désormais, il faudra attendre que

^{83.} Mons, 6 octobre 2016, *T.F.R.*, 2017, p. 122, note J. VAN EYNDOVEN.

^{84.} Voy. *infra*, n° 42.

^{85.} 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 » (note sous Comm. Nivelles, 15 juin 2011), *J.L.M.B.*, 2013, p. 292. Dans ce sens, voy. Liège, 28 juin 2007, *J.T.*, 2007, p. 838; Comm. Huy, 21 novembre 2007, *inédit*, cité par S. NOTARNICOLA.

^{86.} 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.

^{87.} *Doc. parl.*, Ch. Repr., 2016-2017, n° 2407/001, p. 99.

^{88.} Gand, 20 février 2012, *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2013, p. 129.

^{89.} Le délai est de 6 mois sous l'art. 63 de la loi sur les faillites.

^{90.} En ce sens, en application de la loi sur les faillites: voy. Bruxelles, 13 février 2014, *J.L.M.B.*, 2014, p. 144, note A. HENDERICKX et A. SAUSSEZ; Gand, 12 septembre 2011, *R.G.D.C.*, 2014, p. 141; Anvers, 23 septembre 2010, *R.W.*, 2012-2013, p. 223.

^{91.} Voy. *supra*, n°s 36-37.

la sûreté personnelle dépose une requête en décharge pour qu'elle se place provisoirement à l'abri des poursuites.

Il résulte de ces modifications que l'information des sûretés personnelles s'est nettement détériorée avec le nouveau texte. Ainsi, un créancier habile n'aura-t-il pas intérêt à ne rien exiger de la caution tant que dure la faillite? Faute d'être avisée par courrier du curateur, ou interpellée par une mise en demeure du créancier, la personne qui s'est portée sûreté personnelle du failli risque de ne pas prêter attention à l'existence de la faillite et à l'importance de solliciter sa décharge avant la clôture de la procédure. Dès celle-ci prononcée, et en dépit de l'éventuel effacement des dettes du failli qui ne profite pas aux sûretés personnelles suivant l'article XX.175 du code, le créancier retrouve toute latitude pour agir contre la caution. A rebours du phénomène, jugé inconstitutionnel, de course à la caution ne risque-t-on pas de voir apparaître désormais une attitude, sans doute guère préférable, d'attribution intéressée des créanciers?

43. Soulignons encore que les conditions en vue d'obtenir la décharge n'ont pas évolué de manière substantielle: l'obligation garantie doit être « manifestement disproportionnée »

aux facultés de remboursement de la caution. L'article XX.176, alinéa 1^{er}, du code précise que « cette faculté [doit] s'apprécier tant par rapport à ses biens meubles et immeubles que par rapport à ses revenus ». Une nouveauté toutefois: alors que le caractère disproportionné du cautionnement s'appréciait au moment où le juge statue sur la décharge, le texte précise désormais qu'il aura égard au jour de l'ouverture de la faillite. Inutile donc que la sûreté personnelle verse au dossier une situation actualisée de son patrimoine si le jugement sur la décharge tarde à intervenir.

De même, en ce qui concerne la notion de gratuité, les rédacteurs du code⁹² renvoient à l'arrêt de la Cour de cassation du 26 juin 2008 qui retient: « l'absence de tout avantage économique, tant direct qu'indirect, dont la sûreté personnelle peut bénéficier grâce à la sûreté constituée »⁹³. L'engagement de caution du gérant et de l'administrateur⁹⁴, de fait ou de droit, voire de l'actionnaire⁹⁵, d'une société faillie à l'égard des obligations de cette dernière demeure donc, en principe, exclue du mécanisme de la décharge, lequel reste en pratique limité à des engagements de pure bienfaisance, souvent motivés par des liens familiaux.

III. LES MESURES DE FAVEUR DANS LA PROCÉDURE DE RÉORGANISATION JUDICIAIRE

44. Au rang des objectifs de la codification⁹⁶, figure l'harmonisation des mesures en faveur d'un débiteur confronté à une procédure d'insolvabilité dans le cadre d'une faillite ou d'une réorganisation judiciaire. Par comparaison avec les développements consacrés à la faillite, on étudiera successivement, dans le cadre de la procédure de réorganisation judiciaire, le mécanisme d'effacement des dettes du débiteur qui a transféré intégralement, sous autorité de justice, son entreprise (A.), la situation des proches du débiteur sursitaire (B.) et la procédure de décharge de ses sûretés personnelles (C.).

A. Le débiteur sursitaire: l'effacement après le transfert intégral de son entreprise

45. Par rapport à la procédure de faillite, le transfert d'entreprise sous autorité de justice, grâce à son régime de

cession en *going concern*, doit permettre, selon les travaux préparatoires de la loi du 31 janvier 2009, de mieux sauvegarder les activités économiques de l'entreprise et ses emplois⁹⁷, tout en plaçant les créanciers dans une position plus favorable puisqu'une entreprise en activité a, en principe, une meilleure valeur de réalisation qu'une entreprise qui a mis la clef sous le paillason. Ainsi conçu comme une alternative vertueuse à la faillite, le transfert d'entreprise devait donc, pour remporter quelque succès auprès d'une personne physique aux abois, comporter des avantages équivalents à un aveu de faillite. A défaut, « il y aurait à craindre que le débiteur n'opte pour le régime de la faillite qui [lui] connaît un régime d'excusabilité »⁹⁸.

Si l'objectif du législateur, à travers la loi du 31 janvier 2009 et sa réforme du 27 mai 2013, consistait donc à calquer le mécanisme de décharge du débiteur, après le transfert sous autorité de justice de son entreprise, sur l'excusabilité du

⁹² *Doc. parl.*, Ch. Repr., 2016-2017, n° 2407/001, p. 68.

⁹³ Cass., 26 juin 2008, 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. DERICKE et Cass., 26 juin 2008, 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.

⁹⁴ 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.

⁹⁵ 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.

⁹⁶ *Doc. parl.*, Ch. Repr., 2016-2017, n° 2407/004, p. 54.

⁹⁷ *Doc. parl.*, 2007-2008, n° 160/001, p. 33. A. ZENNER, *La nouvelle loi sur la continuité des entreprises*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, p. 136. Cette analyse est toutefois critiquée par J. WINDEY, « La loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises », *J.T.*, 2009, p. 247, n° 46.

⁹⁸ *Doc. parl.*, Chambre, 2007-2008, n° 160/002, p. 78; et désormais: *Doc. parl.*, Ch. Repr., 2016-2017, n° 2407/008, p. 21.

failli, des différences substantielles distinguent pourtant les deux régimes. Aplanies par l'adoption de l'article XX.96, § 1^{er}, du code, elles n'ont toutefois pas entièrement disparu: « le débiteur personne physique dont l'entreprise a été cédée en totalité (...), peut obtenir l'effacement du solde des dettes, sans préjudice des sûretés réelles données par le débiteur ou un tiers ».

46. D'abord, l'article XX.96 du code prévoit que « le débiteur personne physique dont l'entreprise a été cédée en totalité (...), peut obtenir l'effacement du solde des dettes », tandis qu'en ce qui concerne le failli, l'article XX.173 du code précise qu'« il sera libéré ». Comme sous l'empire de l'article 70 L.C.E.⁹⁹, le code n'a pas étendu l'automatisme de l'effacement dont bénéficie le failli au débiteur sursitaire. Pour ce dernier, la mesure de faveur reste donc soumise à la discrétion du tribunal qui retrouve son plein pouvoir d'appréciation.

Ensuite, alors que le failli a été dessaisi de l'intégralité des biens saisissables dont il dispose le jour de la faillite en faveur de la curatelle, il n'est pas exigé du débiteur sursitaire qu'il se soit défait de ses biens strictement privés. En effet, si l'article XX.96 du code exige une cession « en totalité », elle ne concerne que l'entreprise du débiteur. Seuls les actifs nécessaires ou utiles à l'activité économique, mais uniquement ceux-là, doivent être intégrés à la cession d'entreprise. Les autres biens du débiteur, tels par exemple son immeuble ou son véhicule strictement privé, demeurent protégés. Ce constat avait notamment amené le tribunal de commerce de Gand¹⁰⁰ à prononcer, *contra legem*, une décharge partielle du débiteur sursitaire. Ainsi, le tribunal a maintenu en force l'hypothèque consentie par le débiteur dont le transfert d'entreprise, certes intégral, avait épargné son immeuble privé, grevé au profit de la banque qui en avait financé l'acquisition. Par conséquent, il est heureux que l'effacement puisse, désormais, être prononcé de manière partielle conformément à l'article XX.96, § 1^{er}, *in fine* du code.

Enfin, comme c'est désormais le cas en matière de faillite, l'effacement après un transfert d'entreprise sous autorité de justice n'intervient qu'à la requête du débiteur. Elle doit être déposée au registre « au plus tard 3 mois après le prononcé du jugement autorisant la vente ». Tout intéressé, le ministre public ou le mandataire de justice peut, à son tour, par requête, solliciter du tribunal qu'il refuse, ou n'accorde que partiellement, l'effacement. La requête peut être déposée à partir du jugement qui autorise la vente de l'entreprise et, au plus tard, dans les 3 mois qui suivent la publication du jugement d'effacement. La requête prend alors la forme d'une

tierce opposition. Pour s'écarter d'un effacement total, le tribunal doit motiver l'existence de fautes graves et caractérisées dont s'est rendu coupable le débiteur sursitaire. Il n'est, évidemment, n'est pas exigé que de telles fautes aient contribué à la faillite.

B. Les proches du débiteur sursitaire

a. La suspension des voies d'exécution!

47. Depuis la loi du 27 mai 2013, le sursis octroyé au débiteur profite, de plein droit, dans les conditions de l'article 33, § 2, L.C.E., à ses proches. C'est désormais sous l'article XX.54, § 1^{er}, du code que l'on retrouve ce principe: « le sursis profite au conjoint, à l'ex-conjoint, au cohabitant légal, à l'ex-cohabitant légal du débiteur, dans la mesure où ils sont personnellement coobligés, aux dettes contractuelles du débiteur liées à l'activité professionnelle de celui-ci. Le sursis ne peut leur profiter pour des dettes personnelles ou communes nées de contrats conclus par ces personnes, qu'ils aient été conclus ou non avec le débiteur, et qui sont étrangers à l'activité professionnelle du débiteur ».

Malgré la syntaxe française approximative, l'on croit comprendre que les proches du débiteur qui bénéficient, de plein droit, du sursis sont les mêmes que ceux qui profitent de l'effacement sur pied de l'article XX.174 du code. Nous renvoyons donc aux développements consacrés ci-dessus à cette disposition¹⁰¹. Les proches du débiteur sursitaire paraissent ainsi mieux lotis que les proches du failli, pour lesquels le législateur a, semble-t-il, oublié de suspendre les poursuites¹⁰².

b. L'effacement profite aux proches du débiteur

48. A l'égard des proches du débiteur sursitaire, l'effacement a les mêmes effets et la même portée que pour les proches du failli. Il est donc renvoyé aux développements qui y sont consacrés ci-dessus¹⁰³.

On soulignera néanmoins la piètre qualité de la « traduction », osons le terme, du texte de loi néerlandais vers le français. Alors qu'ils sont, pour le surplus, mot pour mot identiques les articles XX.96, § 2, alinéa 1^{er} et XX.174, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du code retiennent une traduction divergente du mot *verbonden*. Ainsi, en matière de réorganisation judiciaire, l'effacement concerne les proches du débiteur qui sont *obligés* à la dette de ce dernier tandis que, s'agissant d'une faillite, ce sont les proches du failli *coobligés* à la dette

⁹⁹. En ce sens, voy. W. DAVID, J.-P. RENARD et V. RENARD, *La loi relative à la continuité des entreprises: mode d'emploi*, Waterloo, Kluwer, 2010, p. 232.

¹⁰⁰. Comm. Gand, 1^{er} octobre 2015, *R.D.C.*, 2016, p. 858, note D. PASTERGER et A. VANDENBULKE.

¹⁰¹. *Voy. supra*, n^{os} 32-35.

¹⁰². *Voy. supra*, n^o 36.

¹⁰³. *Voy. supra*, n^{os} 32-35.

de celui-ci qui sont visés¹⁰⁴. De même, les « *persoonlijke of gemeenschappelijke schulden* » sont, dans la langue de Molière, tantôt « les dettes *propres* ou communes du conjoint » sous l'article XX.96, § 2, alinéa 3, du code et tantôt « les dettes *personnelles* ou communes du conjoint » à la faveur de l'article XX.174, alinéa 3, du code. Dans une matière où controverses et savantes exégèses se sont, par le passé, cristallisées autour de chacun des termes du texte de loi – pensons par exemple au « s' »¹⁰⁵ d'une ancienne version de l'article 82 de la loi sur les faillites qui, pendant un temps, a conduit à refuser au conjoint du failli la libération des dettes non contractuelles – on ne peut que regretter vivement de tels flottements sémantiques.

49. Ils ne sont d'ailleurs pas neutres sur le plan juridique. Ainsi, le terme *coobligé* pose question. Il est d'abord apparu, à l'aune de la réforme du 27 mai 2013, sous l'article 70, alinéa 4, de la loi sur la continuité des entreprises: la décharge offerte au débiteur personne physique qui a transféré intégralement son entreprise libère ses proches *coobligés*. A l'occasion de cette réforme, on s'est interrogé¹⁰⁶: le législateur a-t-il, par l'emploi du terme *coobligé*, entendu exclure du bénéfice de la libération les obligations qui ont été souscrites en qualité de sûreté personnelle du débiteur? En effet, si le conjoint est bien, comme caution du débiteur, *personnellement obligé* à la dette de son époux, selon l'expression de l'article 82, alinéa 2, de la loi sur les faillites, on peut douter qu'il devienne, par ce même cautionnement, faute de solidarité, *coobligé* à la dette principale, comme l'exige désormais l'article XX.174 du code.

C. Les sûretés personnelles, à titre gratuit, du débiteur sursitaire

50. Depuis la réforme de 2013 de l'article 33, § 2, de la loi sur la continuité des entreprises, la personne physique qui s'est constituée, à titre gratuit, sûreté personnelle du débiteur, peut demander au tribunal une protection équivalente à celle du débiteur en sursis. L'article XX.54, § 3, du code reconduit cette faculté. Les conditions et les modalités de la requête sont similaires, *mutatis mutandis*, à celles de la décharge prévue par l'article XX.176 du code¹⁰⁷.

Si le tribunal accède à la demande de la sûreté personnelle, les conséquences sont les suivantes: (1) comme auparavant, la sûreté profite donc du sursis tant qu'il dure; et, (2) c'est un nouveau, l'article XX.54, § 4, du code ajoute que la sûreté

personnelle bénéficie, le cas échéant, des effets de l'accord amiable, de l'accord collectif et même de l'effacement en cas de transfert intégral de l'entreprise du débiteur.

51. Désormais, comme dans la procédure de faillite, et sans préjudice de la procédure prévue par les articles 2043*bis* à 2043*octies* du Code civil, c'est donc au juge de l'insolvabilité qu'il appartient de statuer sur le sort des personnes qui se sont constituées sûretés personnelles, à titre gratuit, du débiteur sursitaire. Ce nouveau régime appelle, par comparaison aux mécanismes de décharge des sûretés personnelles organisés en cas de faillite, deux remarques.

D'une part, la caution qui obtient la protection du tribunal sur pied de l'article XX.54, § 3, du code bénéficie, de plein droit de l'éventuel effacement accordé au débiteur sursitaire, après transfert intégral de son entreprise, en vertu de l'article XX.96, § 4, du code. A l'inverse, si le débiteur se voit refuser l'effacement (ou si le débiteur est une personne morale qui ne peut donc prétendre à l'effacement), la sûreté personnelle n'en bénéficiera logiquement pas. En outre, et c'est ici que réside la difficulté, cette caution ne pourra pas demander au tribunal (du moins à celui de l'insolvabilité) une quelconque décharge. En d'autres termes, dans le cadre d'une réorganisation judiciaire, le sort de la sûreté personnelle est directement et nécessairement lié à celui du débiteur sursitaire. Or, on se souvient que dans la version de la loi sur les faillites issue de la réforme du 4 septembre 2002, un tel lien de nécessité entre l'excusabilité du failli et la décharge de la caution avait été jugé inconstitutionnel¹⁰⁸. La loi du 20 juillet 2005 avait corrigé l'inconstitutionnalité en instituant un régime autonome de décharge des cautions.

D'autre part, les sûretés personnelles d'un débiteur sursitaire profitent désormais de plein droit, pour autant qu'elles aient satisfait aux exigences de l'article XX.54, § 3 et § 4, du code de l'accord amiable ou collectif obtenu par le débiteur. On ne risque pas de passer à côté de cette nouvelle disposition puisque le texte l'indique à l'article XX.54, § 4, du code avant de le répéter sous les articles XX.66 et XX.82, *in fine*. A l'inverse, rien ne permet au conjoint du débiteur, et autres proches de ce dernier, de jouir d'un avantage analogue. Sans doute une telle différence de traitement est-elle justifiée à l'aune de l'objectif qu'a poursuivi le législateur en offrant aux sûretés personnelles de bénéficier des accords amiables ou collectifs. Pour en juger, il eut toutefois été utile que le législateur s'en explique dans les travaux préparatoires. Or – doit-on être surpris? – il n'en dit mot ...

¹⁰⁴. Comme sous l'art. XX.54, § 1^{er}, du code.

¹⁰⁵. Après la réforme du 4 septembre 2002 et jusqu'à celle du 2 février 2005, l'art. 82, al. 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 ».

¹⁰⁶. D. PASTEGER et A. VANDENBULKE, « La décharge du débiteur après transfert, sous autorité de justice, de la totalité de son entreprise: les conditions et la procédure en questions », *R.D.C.*, 2016, pp. 863.

¹⁰⁷. *Voy. supra*, n^{os} 38-43.

¹⁰⁸. C.C., 30 juin 2004, n^o 114/2004, *C.A.-A.*, 2004, p. 1301.