

# L'extension de l'excusabilité (nouvel effacement) aux proches du failli

## Introduction

La notion d'excusabilité est connue de longue date, puisqu'elle était déjà évoquée dans la loi sur les faillites de 1851. Néanmoins, elle n'avait, à l'époque, pas la même acception qu'à l'heure actuelle. En effet, en 1851, le failli à qui l'excusabilité avait été accordée était soustrait à la contrainte par corps<sup>1</sup>.

Inspiré par la doctrine américaine du *fresh start*<sup>2</sup>, le législateur de 1997 a repris ce concept dans la loi du 8 août 1997 sur les faillites<sup>3</sup> aux articles 80 et suivants. Désormais, l'excusabilité permet au failli de ne plus être poursuivi par ses créanciers qui n'auraient pas été pleinement satisfaits dans le cadre de la faillite et ainsi, de « reprendre ses activités à zéro »<sup>4</sup>.

Les dispositions légales relatives à cette notion d'excusabilité ont, à plusieurs reprises, fait l'objet d'arrêts de la Cour d'arbitrage, ensuite, Cour constitutionnelle. L'étendue de l'excusabilité a ainsi connu maintes évolutions.

Avec l'entrée en vigueur du livre XX du Code de droit économique<sup>5</sup> le 1<sup>er</sup> mai 2018, l'excusabilité connaît une nouvelle et véritable mutation, puisque le législateur a désormais décidé d'accorder au failli l'effacement de ses dettes.

Dans le cadre de cet article, nous reviendrons tout d'abord sur la notion d'excusabilité, ses conditions d'obtention et son champ d'application. Par la suite, nous analyserons l'évolution de ce concept en ce qui concerne son extension aux proches du failli. Nous n'aborderons toutefois pas la question de la décharge des cautions à titre gratuit, prévue par l'article 80, alinéa 3, de la loi du 8 août 1997. Enfin, nous reviendrons sur les nouvelles dispositions du livre XX du Code de droit économique.

## I. Généralités à propos du concept d'excusabilité

### A. Origine

Avant la réintroduction de la notion d'excusabilité dans la loi du 8 août 1997, le failli était susceptible d'être encore poursuivi par ses créanciers dont les droits n'avaient pas été pleinement remplis dans le cadre de la faillite. Alors que son patrimoine avait été liquidé au profit de ses créanciers, le débiteur failli restait donc encore tenu de ses dettes<sup>6</sup>.

Il va sans dire que le failli n'était dès lors pas enthousiaste à se lancer dans une nouvelle activité professionnelle puisqu'il savait que les revenus promérités par lui dans le cadre de celle-ci seraient saisis par ses créanciers.

Lors de la rédaction de la loi du 8 août 1997, le législateur était inspiré d'un double but, à savoir, tout d'abord, celui d'humaniser la faillite et de ne plus la considérer comme le résultat d'un comportement coupable et, ensuite, « d'assurer au failli honnête et expérimenté la possibilité de redémarrer, si l'intérêt général et l'équité l'y autorisent »<sup>7</sup>.

C'est ainsi qu'est notamment apparu l'article 82 de la loi sur les faillites, qui disposait, à l'époque, que « [s]i le failli est déclaré excusable, il ne peut plus être poursuivi par ses créanciers. Si le failli n'est pas déclaré excusable, les créanciers recouvrent le droit d'exercer individuellement leur action sur ses biens ». La loi de 1997 a donc prévu que les créanciers ne peuvent plus poursuivre le recouvrement de leurs dettes dans le cas où le failli serait déclaré excusable<sup>8</sup>.

### B. Conditions d'obtention

#### 1. La loi du 8 août 1997

Le texte de 1997 ne prévoyant pas les conditions auxquelles l'excusabilité pouvait être accordée à un débiteur failli, la doctrine et la jurisprudence ont, à l'aide des travaux préparatoires de la loi, mis en avant deux conditions à remplir : premièrement, les circonstances de la faillite doivent être indépendantes de la volonté du failli et, se-

1 La contrainte par corps a été abrogée par une loi du 27 juillet 1871. B. INGHELS, « Petite histoire d'une grande idée : l'excusabilité », *R.D.C.*, 2007, p. 309, n° 3 ; M. LAMENSCH, note sous Mons, 21 juin 2004 et Mons, 30 mai 2005, *R.G.D.C.*, 2007, p. 491, n° 12.

2 M. ALHADEFF, « Développements en matière de faillite après la loi du 4 septembre 2002 », *Ann. dr.*, 2006, p. 251.

3 *M.B.*, 28 octobre 1997, p. 28562.

4 M. LEMAL, « Le bénéfice de l'excusabilité étendu au cohabitant légal du failli », note sous C. const., 18 novembre 2010, *J.T.*, 2011, p. 127. Voy. aussi J.-N. BASTENIÈRE, « De l'excusabilité à l'effacement : vingt ans de réformes "sparadrap" », *Pli jur.*, 2017, n° 42, p. 45.

5 Inséré par la loi du 11 août 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<sup>er</sup> du Code de droit économique, *M.B.*, 11 septembre 2017, p. 83100.

6 I. VEROUSTRATE, « Des vicissitudes de l'excusabilité », note sous C. const., 4 février 2010, *Rev. prat. soc.*, 2010, p. 106, n° 6.

7 B. INGHELS, *op. cit.*, p. 310, n° 4.

8 M. LEMAL, « La faillite », in *Guide juridique de l'entreprise - Traité théorique et pratique*, 2<sup>e</sup> éd., Waterloo, Kluwer, 2014, p. 65, n° 1190. Notons toutefois que, lors de la modification de la loi de 1997 par la loi du 4 septembre 2002 et jusqu'à sa nouvelle modification en 2005, l'effet de l'excusabilité a été l'extinction des dettes du débiteur failli, ce qui signifiait que, si un paiement était effectué après la décision d'excusabilité, ce paiement était considéré comme un paiement indu. M. ALHADEFF, *op. cit.*, p. 253 ; B. INGHELS, *op. cit.*, pp. 313-314, n° 15 ; M. LAMENSCH, *op. cit.*, p. 494, n° 19 ; I. VEROUSTRATE, « Les adoucissements des effets de la faillite : excusabilité, décharge des sûretés », in *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010, p. 758.



condement, le failli doit présenter des garanties pour l'avenir<sup>9</sup>.

En 1997, tant les personnes physiques que les personnes morales pouvaient prétendre au bénéfice de l'excusabilité<sup>10</sup>. Ne pouvait toutefois pas en bénéficier la personne qui avait à son actif certaines condamnations pénales (vol, faux, concussion, escroquerie, abus de confiance)<sup>11</sup>.

## 2. La loi du 4 septembre 2002<sup>12</sup>

Les premières modifications apportées au régime de l'excusabilité datent de la loi du 4 septembre 2002.

La nouvelle mouture de l'article 80, alinéa 2, de la loi sur les faillites édicte les conditions dans lesquelles l'excusabilité est accordée au failli en disposant que « [s]auf circonstances graves spécialement motivées, le tribunal prononce l'excusabilité du failli malheureux et de bonne foi ». Le failli malheureux et de bonne foi bénéficie donc de l'excusabilité, sauf s'il existe des circonstances particulières qui en justifient le refus<sup>13</sup>. De cette formulation, il peut être déduit que l'excusabilité est un droit du failli, ce droit étant toutefois soumis au respect de différentes conditions<sup>14</sup>.

La notion de circonstances particulières a progressivement été définie par la jurisprudence comme visant « toute faute grave ayant contribué à la faillite ou à l'aggravation du passif de la faillite »<sup>15 16</sup>.

La loi de 2002 a également modifié le champ d'application *ratione personae* de l'excusabilité, en considérant que celle-ci ne peut pas être accordée aux personnes morales<sup>17</sup>. Cette différence de traitement a été jugée non discriminatoire par la Cour d'arbitrage dans un arrêt du 30 juin 2004<sup>18</sup>.

## 3. La loi du 20 juillet 2005<sup>19</sup>

La loi du 20 juillet 2005 n'apporte aucune modification quant aux conditions de l'excusabilité : le failli, malheureux et de bonne foi, en bénéficie sauf circonstances particulières spécialement motivées<sup>20</sup>.

Ladite loi modifie toutefois le champ d'application *ratione personae*, et ce à la suite d'un arrêt du 22 janvier 2003<sup>21</sup> dans lequel la Cour d'arbitrage a estimé que l'exclusion illimitée, absolue et automatique du failli condamné n'était pas justifiée eu égard à l'objectif poursuivi par le législateur. En effet, il n'était pas tenu compte de l'époque à laquelle ce délit avait été commis et le juge ne disposait d'aucun pouvoir d'appréciation. Cette exclusion automatique a donc été supprimée par la loi du 20 juillet 2005<sup>22</sup>.

## C. Champ d'application - Dettes concernées

En 1997, le failli déclaré excusable était libéré de toutes ses dettes (qu'elles soient civiles ou commerciales, privées ou professionnelles<sup>23</sup>), sans aucune exclusion, pour autant, bien évidemment, que ces dettes soient nées avant la faillite<sup>24</sup>.

Le législateur a rectifié le tir en 2002 en prévoyant que n'étaient pas visées ni les dettes alimentaires du failli ni les dettes résultant de l'obligation de réparer le dommage lié au décès ou à l'atteinte à l'intégrité physique d'une personne que le failli a causé par sa faute<sup>25</sup>.

## II. L'extension de l'excusabilité aux proches du failli

### A. Évolution

Si le législateur a, dès 1997, prévu que le failli pouvait être déclaré excusable et ainsi, éviter que ses créanciers ne puissent encore le poursuivre après la faillite, il en a été autrement pour son conjoint qui ne bénéficiait en rien de l'excusabilité accordée au failli et courait donc le risque de se retrouver dans une situation bien plus délicate que celle du failli<sup>26</sup>.

9 B. INGHELS, *op. cit.*, p. 310, n° 5.

10 *Ibid.*, p. 311, n° 7.

11 *Ibid.*, p. 310, n° 6.

12 Loi du 4 septembre 2002 modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, le Code judiciaire et le Code des sociétés, *M.B.*, 21 septembre 2002, p. 42928.

13 Voy. à ce propos les travaux préparatoires de la loi, dans lesquels on peut lire que « l'excusabilité est en principe accordée au failli qui répond aux conditions de malheur et de bonne foi [...] sauf à relever l'existence de circonstances particulières qui justifient le refus du tribunal. Lesdites circonstances particulières devraient être spécialement motivées par le tribunal » (projet de loi modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, la loi du 17 juillet 1997 relative au concordat judiciaire et le Code des sociétés, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2000-2001, n° 50-1132/001, p. 12).

14 M. LEMAL, « La faillite », *op. cit.*, p. 65, n° 1180. Une controverse existait sur le fait de savoir si l'excusabilité devait être considérée comme une faveur accordée au débiteur failli ou, au contraire, comme un droit. Voy. à ce propos M. LAMENSCH, *op. cit.*, pp. 492 et s.

15 B. INGHELS, *op. cit.*, p. 313, n° 12 ; I. VEROUSTRATE, « Les adoucissements des effets de la faillite : excusabilité, décharge des sûretés », *op. cit.*, p. 762.

16 Il a été jugé que « l'existence d'une faillite antérieure ne suffit pas, en soi, à justifier un refus d'excusabilité » (Mons, 12 mai 2015, *J.L.M.B.*, 2016, p. 1515).

17 M. ALHADEFF, *op. cit.*, p. 252 ; J.-N. BASTENIÈRE, *op. cit.*, p. 46 ; B. INGHELS, *op. cit.*, p. 313, n° 14 ; M. LAMENSCH, *op. cit.*, p. 494, n° 20 ; I. VEROUSTRATE, « Les adoucissements des effets de la faillite : excusabilité, décharge des sûretés », *op. cit.*, p. 756 ; I. VEROUSTRATE, « Des vicissitudes de l'excusabilité », *op. cit.*, p. 106, n° 7.

18 C.A., 30 juin 2004, n° 114/2004, *Arr. C.A.*, 2004, p. 1301 ; *J.T.*, 2005, p. 80, notes P. HENRY et F. ABU DALU ; *J.L.M.B.*, 2004, p. 1309, note J. RENARD ; *NjW*, 2004, p. 1382, note M. TISON ; *R.W.*, 2004-2005, p. 662, note C. VANMEENEN ; *R.D.C.*, 2004, p. 884, note J. WINDEY et K. DRIESSEN.

19 Loi du 20 juillet 2005 modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, et portant des dispositions fiscales diverses, *M.B.*, 28 juillet 2005, p. 33411.

20 M. ALHADEFF, *op. cit.*, p. 260.

21 C.A., 22 janvier 2003, n° 11/2003, *Arr. C.A.*, 2003, p. 99 ; *J.L.M.B.*, 2003, p. 944 ; *NjW*, 2003, p. 593, note M. T. ; *R.A.B.G.*, 2003, p. 1175 ; *R.D.C.*, 2003, p. 318.

22 M. ALHADEFF, *op. cit.*, p. 261 ; B. INGHELS, *op. cit.*, p. 315, n° 18 ; M. LAMENSCH, *op. cit.*, p. 497, n° 33 ; I. VEROUSTRATE, « Les adoucissements des effets de la faillite : excusabilité, décharge des sûretés », *op. cit.*, p. 763.

23 M. LEMAL, « La faillite », *op. cit.*, p. 65, n° 1190.

24 B. INGHELS, *op. cit.*, pp. 311 et 314, n° 8 et 15 ; M. LAMENSCH, *op. cit.*, p. 492, n° 13.

25 Voy. art. 82, al. 3, de la loi du 8 août 1997 sur les faillites.

26 P. CAVENAILE et T. CAVENAILE, « La situation du débiteur failli, du conjoint et des cautions dans la loi du 8 août 1997 sur les faillites », in *Sûretés et procédures collectives*, C.U.P., vol. 100, Liège, Anthémis, 2008, p. 120 ; A.-L. EVRARD, « Faillite : (encore) du nouveau pour le conjoint et la caution », *D.C.C.R.*, 2005, p. 121 ; B. INGHELS, *op. cit.*, p. 328, n° 57 ; M. LAMENSCH, *op. cit.*, p. 514, n° 104 ; M. LEMAL, « Le bénéfice de l'excusabilité étendu au cohabitant légal du failli », *op. cit.*, p. 127 ; M. LEMAL, « La faillite », *op. cit.*, p. 67, n° 1210 ; A.-C. VAN GYSEL, « Conjugalités belges entre incohérences et discrimina-

Par un arrêt du 28 mars 2002, la Cour d'arbitrage y a vu une violation du principe d'égalité et de non-discrimination<sup>27</sup>.

En outre, le législateur avait perdu de vue que les créanciers du failli disposaient toujours d'un recours indirect sur les biens de ce dernier<sup>28</sup>, les travaux préparatoires de la loi du 4 septembre 2002 précisant d'ailleurs que cela s'apporte « le but que poursuivait le législateur en consacrant en 1997 l'excusabilité "nouvelle formule" (*fresh start doctrine*), puisque les revenus de la nouvelle activité du failli pourront faire l'objet de saisies dès lors que son conjoint est encore tenu des anciennes dettes. Pour éviter cela, il faut que l'excusabilité du failli libère également le conjoint qui s'est personnellement obligé à la dette du failli »<sup>29</sup>.

Par conséquent, la loi du 4 septembre 2002 a modifié l'article 82 de la loi sur les faillites en instaurant une décharge automatique du conjoint du failli<sup>30</sup>. Cet article disposait alors notamment que « [l]e conjoint du failli qui s'est<sup>31</sup> personnellement obligé à la dette de son époux est libéré de cette obligation par l'effet de l'excusabilité ».

La rédaction du nouvel article 82 a mené le Tribunal de première instance de Louvain à poser les questions préjudicielles suivantes : « 1. L'article 82 de la loi sur les faillites du 8 août 1997, remplacé par l'article 29 de la loi du 4 septembre 2002 modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, le Code judiciaire et le Code des sociétés, viole-t-il les articles 10 et 11 de la Constitution en ce que le conjoint du failli, qui s'est personnellement obligé à la dette de ce dernier, est libéré, par suite de l'excusabilité, de cette obligation, alors que le conjoint du failli qui est tenu, en vertu d'une disposition légale, solidairement avec le failli au paiement d'une dette de ce dernier n'est pas libéré, par suite de l'excusabilité, de cette obligation ?

2. L'article 82 de la loi sur les faillites du 8 août 1997, remplacé par l'article 29 de la loi du 4 septembre 2002 modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, le Code judiciaire et le Code des sociétés, viole-t-il les articles 10 et 11 de la Constitution en ce que le conjoint du failli demeure obligé de payer la dette d'impôt du failli concernant le précompte immobilier pour l'habitation familiale ou l'impôt des personnes physiques, alors que le failli lui-même n'est plus obligé de payer cette dette d'impôt ? ».

tions », in A.-C. VAN GYSEL (dir.), *Conjugalités et discriminations*, Limal, Anthemis, 2012, p. 150.

27 C.A., 28 mars 2002, n° 69/2002, *Arr. C.A.*, 2002, p. 831 ; *Act. dr.*, 2002, p. 566, note A. FAYT ; *M.B.*, 20 juin 2002, p. 28257 ; *J.L.M.B.*, 2002, p. 808 ; *Ann. jur. créd.*, 2002, p. 190 ; *R.W.*, 2002-2003, p. 457, note C. LEBON ; *R.D.C.*, 2002, p. 437 ; *T.B.P.*, 2003, p. 336.

28 B. MOUTON, « Bevrijding echtgenoten na faillissement », *NjW*, 2010, p. 265, n° 13.

29 Projet de loi modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, le Code judiciaire et le Code des sociétés, rapport fait au nom de la commission de la justice, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2001-2002, n° 2-877/8, p. 84.

30 M. ALHADEFF, *op. cit.*, p. 254 ; A.-L. EVRARD, *op. cit.*, p. 121 ; M. LAMENSCH, *op. cit.*, p. 514, n° 105 ; A. PEETERS, « Naar een automatische bevrijding ook na de echtscheiding ? - Een dankbare ex-echtgenoot », note sous Gand, 14 janvier 2008, *D.A.O.R.*, 2008, p. 236, n° 2.

31 Nous soulignons.

La Cour d'arbitrage y a répondu par l'affirmative dans un arrêt du 12 mai 2004<sup>32</sup>, lequel a été confirmé par un arrêt du 12 janvier 2005<sup>33</sup>.

Le législateur n'a pas tardé à réagir à ces arrêts en adoptant une loi le 2 février 2005<sup>34</sup>, loi qui modifie l'article 82, alinéa 2, de la loi sur les faillites pour prévoir que « le conjoint du failli qui est<sup>35</sup> personnellement obligé à la dette de son époux est libéré de cette obligation par l'effet de l'excusabilité ».

Le conjoint du failli bénéficie donc de l'excusabilité accordée à ce dernier dans tous les cas où il est tenu d'une dette du failli, que ce soit en vertu d'une obligation conventionnelle ou légale<sup>36</sup>. Néanmoins, cela ne vaut que pour les dettes contractées par le failli du temps du mariage<sup>37</sup>.

Les questions préjudicielles ne se sont pas pour autant arrêtées là. S'est en effet ensuite posée la question de savoir s'il n'existait pas une discrimination entre le conjoint du failli qui est déchargé du fait de l'excusabilité accordée à ce dernier et l'ex-conjoint du failli qui est tenu (puisque non déchargé) d'une dette du failli, contractée durant le mariage<sup>38</sup>. Après avoir déjà rappelé, dans un arrêt du 3 mai 2006<sup>39</sup>, que « [l]'extension des effets de la déclaration d'excusabilité au conjoint vise en effet à préserver le patrimoine commun et à empêcher que le failli se voie indirectement privé du bénéfice de la déclaration d'excusabilité, à cause des poursuites engagées contre son épouse à charge du patrimoine commun. Après un divorce, il n'y a plus de patrimoine commun », la Cour d'arbitrage a apporté une réponse négative à cette question dans un arrêt du 7 mars 2007<sup>40</sup>. Cette jurisprudence a été confirmée par un arrêt du 17 janvier 2008<sup>41</sup>.

32 C.A., 12 mai 2004, n° 78/2004, *Arr. C.A.*, 2004, p. 879 ; *J.L.M.B.*, 2004, p. 1032 ; *NjW*, 2004, p. 1134, note M. TISON ; *R.W.*, 2004-2005, p. 658, note M. VANMEENEN ; *R.D.C.*, 2004, p. 876, note J. WINDEY et K. DRIESEN.

33 C.A., 12 janvier 2005, n° 6/2005, *Arr. C.A.*, 2005, p. 61.

34 Loi du 2 février 2005 modifiant l'article 82, alinéa 2, de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, *M.B.*, 21 février 2005, p. 6435.

35 Nous soulignons.

36 M. LEMAL, « Le bénéfice de l'excusabilité étendu au cohabitant légal du failli », *op. cit.*, p. 127 ; I. VEROUGSTRAETE, « Les adoucissements des effets de la faillite : excusabilité, décharge des sûretés », *op. cit.*, p. 763 ; I. VEROUGSTRAETE, « Des vicissitudes de l'excusabilité », *op. cit.*, p. 108, n° 12.

37 M. LEMAL, *Les effets de la faillite sur les personnes*, Waterloo, Kluwer, 2012, p. 66, n° 87.

38 M. LAMENSCH, *op. cit.*, p. 516, n° 112.

39 C.A., 3 mai 2006, n° 67/2006, *Arr. C.A.*, 2006, p. 815.

40 C.A., 7 mars 2007, n° 37/2007, *A.C.C.*, 2007, p. 561. Au point B.7. de cet arrêt, la Cour précise que « [l]'extension des effets de l'excusabilité au conjoint qui s'est personnellement obligé à la dette du failli a été instaurée non pour éviter une discrimination sur le plan de la solidarité née du mariage, mais parce que, en cas de communauté de biens, les revenus du failli d'une nouvelle activité professionnelle entrent dans le patrimoine commun (article 1405, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil). Les poursuites exercées sur les biens du conjoint par les créanciers du failli pourraient atteindre les revenus procurés par la nouvelle activité de celui-ci, ce qui serait contraire à l'objectif poursuivi. Il peut dès lors se justifier de manière objective et raisonnable que les effets de l'excusabilité ne soient pas étendus à l'ex-conjoint du failli déclaré excusable. En effet, dans cette hypothèse, l'objectif de l'excusabilité ne saurait être menacé ».

41 C. const., 17 janvier 2008, n° 3/2008, *A.C.C.*, 2008, p. 27 ; *D.A.O.R.*, 2008, p. 232, note A. PEETERS ; *Ann. jur. créd.*, 2008, p. 419 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 1053.



Cette argumentation ne semble toutefois pas tenir tout à fait la route quand on sait que l'époux séparé de biens du failli déclaré excusable bénéficie de cette excusabilité alors même qu'il n'existe aucun patrimoine commun dans un régime matrimonial de séparation de biens<sup>42</sup>.

Malgré les divers arrêts des Cours d'arbitrage et constitutionnelle à ce sujet, le législateur a, une nouvelle fois, revu la copie de l'article 82, alinéa 2, de la loi sur les faillites et décidé d'étendre le bénéfice de l'excusabilité à l'ex-conjoint du failli par l'adoption d'une loi le 18 juillet 2008<sup>43</sup>.

Enfin, la Cour constitutionnelle a eu à se positionner sur la question de savoir si la différence de traitement entre le conjoint du failli, qui bénéficie de l'excusabilité, et son cohabitant légal, qui n'en bénéficie pas, est, ou non, raisonnablement justifiée. La Cour constitutionnelle a jugé que cette différence de traitement n'était pas raisonnablement justifiée<sup>44</sup>. Le législateur a intégré cette dernière extension lors de l'adoption du livre XX du Code de droit économique (voy. *infra*).

## B. Dettes visées et caution réelle

Une autre question mérite d'être posée : le conjoint du failli (ex-conjoint, cohabitant légal, ex-cohabitant légal) bénéficie-t-il de l'excusabilité pour les dettes qui le concernent personnellement ou uniquement pour les dettes propres au failli ?

Une certaine doctrine considérait qu'au vu des termes employés par l'article 82, alinéa 2, de la loi sur les faillites (à savoir, « personnellement obligé à la dette de son époux »), l'excusabilité ne s'étendait pas au conjoint dans les cas où il était directement concerné par la dette du failli<sup>45</sup>.

C'est la voie qu'a semblé emprunter la Cour de cassation dans un arrêt du 14 janvier 2010<sup>46</sup>, puisqu'elle y a affirmé que « la déclaration d'excusabilité concerne uniquement les dettes fiscales propres du failli ». Cet arrêt a été précisé et confirmé le 20 mai 2010<sup>47</sup>. Dans ce dernier arrêt, elle semble limiter l'enseignement du 14 janvier 2010 à la seule matière fiscale.

Un nouvel arrêt est intervenu le 24 février 2011<sup>48</sup>. Les faits étaient les suivants : un couple avait contracté un crédit habitation qu'ils avaient garanti par une hypothèque sur leur résidence commune ainsi que par une hypothèque

sur un immeuble propre de l'épouse, dont celle-ci détenait la nue-propriété. Dès lors que le mari failli avait été déclaré excusable, la Cour d'appel de Liège<sup>49</sup> avait considéré que l'épouse était, elle aussi, déchargée de cette obligation qu'elle avait contractée avec son mari et que cela empêchait la mise en œuvre de la garantie hypothécaire prise sur le bien propre de l'épouse. Cet arrêt a résisté à la censure de la Cour de cassation qui a considéré qu'« [e]n vertu de l'article 82, alinéa 2, de la loi du 8 août 1997 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. L'application de cette disposition 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 ».

Concernant l'hypothèque consentie par le conjoint du failli sur son immeuble propre, peut-on néanmoins vraiment parler d'un engagement personnel ? Il s'agit plutôt d'une hypothèque de cautionnement réel<sup>50</sup>.

La Cour de cassation a toutefois réitéré sa jurisprudence dans un arrêt du 18 octobre 2013<sup>51</sup>. Le cas d'espèce était similaire à l'affaire qui lui avait été soumise en 2011, mis à part que le prêt contracté solidairement par les deux époux l'avait été dans le but de permettre à l'épouse de racheter la part indivise de sa sœur dans un immeuble qu'elles avaient recueilli dans la succession de leurs parents. Après que l'époux failli eut été déclaré excusable, son épouse sollicitait de pouvoir bénéficier de cette excusabilité. La Cour de cassation a alors décidé que « l'application de [l'article 82, alinéa 2, de la loi sur les faillites] s'étend à l'hypothèque consentie sur un de ses biens propres par le conjoint du failli, en garantie des engagements de ce dernier ».<sup>52</sup>

Nous verrons que la position de la Cour de cassation sera, selon nous, appelée à changer au vu des modifications apportées au régime de l'excusabilité par le livre XX du Code de droit économique.

## III. Le livre XX du Code de droit économique

Comme précisé *supra*, le livre XX du Code de droit économique remplace la notion d'excusabilité par le concept d'effacement. Le système est dorénavant régi par les articles XX.173 et suivants du Code de droit économique.

Si le failli le demande, l'effacement lui sera accordé de manière automatique<sup>53</sup>. De la même manière que l'excusabilité, l'effacement ne vise pas les dettes alimentaires ni

42 A. PEETERS, *op. cit.*, p. 239, n° 5.

43 Loi du 18 juillet 2008 modifiant l'article 82, alinéa 2, de la loi du 8 août 1997 sur les faillites en ce qui concerne l'excusabilité des ex-conjoints, *M.B.*, 28 août 2008, p. 44982.

44 C. const., 18 novembre 2010, n° 129/2010, *A.C.C.*, 2010, p. 1983 ; *J.T.*, 2011, p. 126, note M. LEMAL ; *J.L.M.B.*, 2011, p. 1670 ; *Not. Fisc. M.*, 2011, p. 282, note B. SCHEERS ; *NjW.*, 2011, p. 292 ; *T. Not.*, 2011, p. 239. Pour une analyse critique de l'arrêt, voy. A.-C. VAN GYSEL, *op. cit.*, pp. 153 et s.

45 Cette expression vise la dette que l'époux doit supporter en tout ou en partie au stade de la contribution à la dette. D. PASTERGER, « Excusabilité du failli, libération du conjoint et protection de son patrimoine propre », note sous Cass., 24 février 2011, *R.D.C.*, 2011, p. 882, n° 4 ; P. JOISTEN, « Sûretés pour autrui et débiteur bénéficiaire de mesures de clémence », *R.G.D.C.*, 2016, p. 448, n° 62.

46 Cass., 14 janvier 2010, *Pas.*, 2010, p. 157.

47 Cass., 20 mai 2010, *Pas.*, 2010, p. 1590.

48 Cass., 24 février 2011, *R.D.C.*, 2011, p. 879, note D. PASTERGER.

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

50 À ce sujet, voy. A. TOUSSAINT, « Le cautionnement réel », *J.T.*, 2017, pp. 135-138 et A. TOUSSAINT, « Le cautionnement réel : une simple sûreté réelle pour autrui ? », in I. DURANT (dir.), *Les sûretés réelles mobilières*, C.U.P., vol. 176, Liège, Anthémis, 2017, pp. 153-184.

51 Cass., 18 octobre 2013, *J.L.M.B.*, 2014, p. 27.

52 *A contrario*, voy. not. Anvers, 28 janvier 2016, *NjW.*, 2016, p. 828 ; Gand, 19 octobre 2011, *NjW.*, 2012, p. 645.

53 Il n'est en effet plus question de ne l'accorder qu'au failli « malheureux et de bonne foi ». O. OUCHINSKY, « Les innovations du livre XX du Code de droit économique en matière de faillite - Questions choisies », in A. ZENNER (dir.), *Le droit de l'insolvabilité : analyse pano-*

« celles qui résultent de l'obligation de réparer le dommage lié au décès ou à l'atteinte à l'intégrité physique d'une personne qu'il a causé par sa faute »<sup>54</sup>.

À la suite de l'enseignement de la Cour constitutionnelle de novembre 2010, l'article XX.174 du Code de droit économique précise que l'effacement s'étend au conjoint, à l'ex-conjoint, au cohabitant légal et à l'ex-cohabitant légal du failli, pour autant qu'ils soient personnellement obligés à la dette du failli et que cette dette ait été contractée du temps du mariage ou de la cohabitation légale.

Afin d'éviter les abus, l'alinéa 2 de l'article XX.174 précise tout de même que l'effacement ne sera pas accordé au cohabitant légal si la déclaration de cohabitation légale a été faite dans les six mois précédant l'ouverture de la procédure de faillite. Nous nous interrogeons sur les raisons pour lesquelles le législateur n'a pas prévu la même chose dans le cas où une personne se marie au failli dans les six mois précédant l'ouverture de la procédure de faillite<sup>55</sup>.

À la suite de la position adoptée par la Cour de cassation dans son arrêt du 18 octobre 2013, position qui n'a pas manqué d'étonner, le législateur a désormais prévu que « [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 »<sup>56</sup>.

Si cette disposition légale avait existé en 2013, la conclusion de l'affaire soumise à la Cour de cassation aurait été différente. En effet, l'excusabilité n'aurait pas pu être accordée à l'épouse du failli, puisqu'en l'espèce, il s'agissait d'une dette étrangère à l'activité professionnelle du failli.

## Conclusion

L'excusabilité est une notion qui a toujours suscité de nombreuses questions, qui ont donné lieu à différents arrêts de la Cour d'arbitrage et, ensuite, de la Cour constitutionnelle, ayant eux-mêmes donné lieu à plusieurs modifications législatives.

À l'heure actuelle, le législateur a décidé de modifier ce régime en lui préférant le concept d'effacement des dettes.

Bien que la loi du 11 août 2017 ayant inséré le livre XX dans le Code de droit économique ait tenu compte des dernières difficultés mises en avant, le nouveau régime fera encore sans doute couler beaucoup d'encre.

Notamment, il découle de l'effacement accordé au failli que les dettes résiduelles de ce dernier à la suite de la procédure de faillite sont effacées. Si les dettes sont effacées, cela devrait entraîner la disparition des sûretés garantissant ces dettes. Or, tel n'est pas le cas. Comme le dit si bien O. OUCHINSKY, « [i]l semble donc que nous soyons revenus au paradoxe [...] consistant à maintenir les effets de sûretés garantissant des dettes... qui n'existent plus »<sup>57</sup>.

Il va sans dire que l'effacement (ex-excusabilité) fera encore parler de lui.

Albane TOUSSAINT

*Avocat au barreau de Mons*

*Assistante au Centre de droit privé de*

*l'Université catholique de Louvain*

*ramique de la réforme*, actes des colloques des 14 décembre 2017 et 28 février 2018, Limal, Anthemis, 2018, p. 546, n° 29.

54 Art. XX.173, § 1<sup>er</sup>, al. 2, C.D.E.

55 O. OUCHINSKY, *op. cit.*, p. 560, n° 51.

56 Art. XX.174, al. 3, C.D.E.

57 O. OUCHINSKY, *op. cit.*, p. 552, n° 38.

