

Numéros du rôle : 2674 et 2789
Arrêt n° 114/2004 du 30 juin 2004

A R R E T

En cause :

- le recours en annulation de l'article 81, 1°, et des mots « à titre gratuit » dans l'article 82, alinéa 1er, de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, tels que ces articles ont été remplacés par la loi du 4 septembre 2002, introduit par R. Van der Noordaa;

- la question préjudicielle relative à l'article 81 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, tel qu'il a été modifié par l'article 28 de la loi du 4 septembre 2002, posée par le Tribunal de première instance de Dinant.

La Cour d'arbitrage,

composée des présidents M. Melchior et A. Arts, et des juges P. Martens, R. Henneuse, M. Bossuyt, E. De Groot, L. Lavrysen, A. Alen, J.-P. Snappe, J.-P. Moerman, E. Derycke et J. Spreutels, assistée du greffier P.-Y. Dutilleux, présidée par le président M. Melchior,

après en avoir délibéré, rend l'arrêt suivant :

*

* *

I. *Objet du recours et de la question préjudicielle et procédure*

a. Par requête adressée à la Cour par lettre recommandée à la poste le 21 mars 2003 et parvenue au greffe le 24 mars 2003, R. Van der Noordaa, demeurant à 1300 Limal, Bois de l'Abbé 6, a introduit un recours en annulation de l'article 81, 1^o, et des mots « à titre gratuit » dans l'article 82, alinéa 1er, de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, tels que ces articles ont été remplacés par la loi du 4 septembre 2002 (publiée au *Moniteur belge* du 21 septembre 2002).

b. Par jugement du 11 septembre 2003 en cause de la s.a. Fortis Banque contre F. Laffineur, dont l'expédition est parvenue au greffe de la Cour d'arbitrage le 23 septembre 2003, le Tribunal de première instance de Dinant a posé la question préjudicielle suivante :

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

Ces affaires sont inscrites sous les numéros 2674 et 2789 du rôle de la Cour.

a. *Dans l'affaire n° 2674*

Le Conseil des ministres a introduit un mémoire, la partie requérante a introduit un mémoire en réponse et le Conseil des ministres a également introduit un mémoire en réplique.

A l'audience publique du 26 novembre 2003 :

- ont comparu :
 - . Me L. De Coninck, avocat au barreau de Bruxelles, pour la partie requérante;
 - . Me O. Vanhulst, qui comparaisait également *loco* Me P. Hofströssler, avocats au barreau de Bruxelles, pour le Conseil des ministres;
- les juges-rapporteurs J.-P. Snappe et A. Alen ont fait rapport;
- les avocats précités ont été entendus;
- l'affaire a été mise en délibéré.

b. *Dans l'affaire n° 2789*

Le Conseil des ministres a introduit un mémoire.

c. *Dans les deux affaires*

Par arrêt interlocutoire n° 19/2004 du 29 janvier 2004, la Cour a ordonné la réouverture des débats dans l'affaire n° 2674, a décidé de joindre l'affaire n° 2789 à l'affaire n° 2674 et a invité les parties, dans les deux affaires, à adresser à la Cour, dans le délai d'un mois à partir de la notification de cet arrêt interlocutoire, si elles l'estimaient utile, un mémoire portant sur l'ensemble des griefs adressés aux dispositions en cause.

Le Conseil des ministres a introduit un mémoire complémentaire.

A l'audience publique du 4 mai 2004 :

- ont comparu :

. Me B. Meeus *loco* Me L. De Coninck, avocats au barreau de Bruxelles, pour la partie requérante dans l'affaire n° 2674;

. Me M. Mareschal, qui comparait également *loco* Me D. Gérard, avocats au barreau de Bruxelles, pour le Conseil des ministres;

- les juges-rapporteurs J.-P. Snappe et A. Alen ont fait rapport;

- les avocats précités ont été entendus;

- les affaires ont été mises en délibéré.

Les dispositions de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage relatives à la procédure et à l'emploi des langues ont été appliquées.

II. *Les faits et la procédure antérieure dans l'affaire n° 2789*

La s.a. Fortis Banque a consenti un prêt de 47.099 euros à la s.p.r.l. Laffineur. F. Laffineur a cautionné cet emprunt comme caution solidaire et indivisible.

Le 18 décembre 2001, la s.p.r.l. Laffineur est déclarée en faillite par le Tribunal de commerce de Dinant.

La s.a. Fortis Banque a introduit devant le Tribunal de première instance de Dinant une action contre F. Laffineur et demande sa condamnation, en sa qualité de caution, à lui payer le solde dû en vertu du contrat de prêt, soit une somme de 43.072,66 euros outre les intérêts calculés au taux de 10,57 p.c. par an.

Le défendeur conteste la demande en son principe et fait état de ce que, s'il échet, l'excusabilité de la société faillie devrait également lui bénéficier. Il souligne que la loi du 4 septembre 2002 a modifié l'article 81

de la loi du 8 août 1997 sur les faillites en déclarant que les personnes morales faillies ne peuvent être déclarées excusables. Il considère que cet article viole les articles 10 et 11 de la Constitution et demande au juge de poser à la Cour une question préjudicielle.

Le Tribunal fait droit à cette demande et a, en conséquence, saisi la Cour de la question susmentionnée.

III. *Les dispositions en cause*

L'article 81 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, tel qu'il a été remplacé par l'article 28 de la loi du 4 septembre 2002, dispose :

« Ne peuvent être déclarés excusables :

1° la personne morale faillie;

[...] ».

L'article 82 de la même loi, tel qu'il a été remplacé par l'article 29 de la loi du 4 septembre 2002, dispose :

« L'excusabilité éteint les dettes du failli et décharge les personnes physiques qui, à titre gratuit, se sont rendues caution de ses obligations.

[...] »

IV. *En droit*

- A -

Affaire n° 2674

Position du requérant

Quant à l'intérêt

A.1. Le requérant est associé et gérant d'une société privée à responsabilité limitée (s.p.r.l.). Le Tribunal de commerce de Nivelles a déclaré la faillite de la société, le 4 novembre 2002. L'article 81, 1°, nouveau de la loi du 8 août 1997 prive désormais du bénéfice de l'excusabilité les personnes morales. En outre, l'article 82 limite les conséquences de l'excusabilité aux personnes qui se sont portées caution du failli à titre gratuit. A supposer que l'article 81 n'ait pas restreint le bénéfice de l'excusabilité et que la s.p.r.l. en cause ait pu en bénéficier, le requérant aurait été déchargé des obligations souscrites en qualité de caution, en application de l'article 82, pour autant que l'on considère qu'il s'était engagé à titre gratuit. Cependant, étant donné qu'il pourrait être considéré comme une caution qui ne s'est pas engagée à titre gratuit, en raison de ce que l'on pourrait estimer qu'en sa qualité de gérant et d'« actionnaire », il est intéressé, le requérant estime aussi qu'il a intérêt à faire annuler, dans l'article 82, les termes « à titre gratuit ».

Le moyen

A.2.1. Le moyen unique est pris de la violation par les dispositions entreprises des articles 10 et 11 de la Constitution en tant qu'elles créeraient une discrimination entre, d'une part, les personnes physiques,

« actionnaires » et administrateurs, qui se portent caution d'une personne morale déclarée faillie et, d'autre part, les personnes physiques qui se portent caution d'une personne physique commerçante déclarée faillie.

A.2.2. Le requérant estime que ces deux catégories de personnes sont dans des situations comparables au regard du but poursuivi par le législateur qui a voulu, en instaurant l'excusabilité du failli, humaniser les conséquences de la faillite. Face à ce but, on ne comprend pas pourquoi les cautions professionnelles ont été exclues du bénéfice de l'excusabilité ni pourquoi les personnes morales ne peuvent bénéficier de l'excusabilité.

Le projet de loi initial ne prévoyait pas cette exclusion. C'est par voie d'amendement qu'elle a été introduite et justifiée notamment par le souci d'éviter le commerce de ces sociétés ou par le fait que les considérations morales relatives à l'excusabilité sont difficilement applicables aux personnes morales. Le requérant considère que ceci viole les articles 10 et 11 de la Constitution notamment parce que les personnes physiques et morales sont dans des situations comparables surtout lorsque ces dernières présentent un caractère familial ou ont une dimension réduite. Ceci a d'ailleurs été relevé au cours des travaux préparatoires de la loi entreprise. Ensuite, il n'est nullement prouvé que l'on ne puisse pas appliquer aux personnes morales les critères de malheur et de bonne foi applicables aux personnes physiques. Par ailleurs, l'appréciation de l'excusabilité n'a pas une portée morale : d'autres considérations peuvent intervenir comme le fait par exemple que des personnes morales soient victimes de circonstances indépendantes de leur volonté. D'ailleurs, dans le projet initial, poursuit le requérant, les personnes morales auraient dû, en ce qui concerne leur excusabilité, être soumises à des critères de nature économique. Le but poursuivi par le législateur est donc illégitime et non pertinent, estime le requérant. Ensuite, le critère retenu par le législateur, à savoir l'exclusion pure et simple de toutes les personnes morales des règles de l'excusabilité, ne présente pas de caractère objectif au regard des buts mentionnés et est à tout le moins disproportionné.

A.2.3. Quant à la décharge réservée aux cautions à titre gratuit, le requérant estime que le fait que les cautions de personnes morales ne pourront jamais bénéficier de cette décharge est contraire au principe d'égalité dans la mesure où elles peuvent se trouver dans des situations comparables à celles des personnes physiques. Cette discrimination a d'ailleurs été abondamment dénoncée par la doctrine.

La décharge des cautions du failli excusé répond au souci du législateur d'humaniser les conséquences de la faillite; mais le législateur a limité cette décharge aux cautionnements de bienfaisance constitués par les proches du failli. En dépit d'un projet d'amendement déposé par le Gouvernement, la décharge automatique des cautions a été maintenue. Elle a d'abord été réservée à la caution de bienfaisance alors que l'exposé des motifs du projet se référait plutôt au caractère privé ou professionnel de la caution. Finalement, ce sont les termes « à titre gratuit » qui ont été retenus. Or, les cautions des petites sociétés familiales sont dans une situation tout à fait comparable à celle des parents d'un commerçant qui cautionnent ses engagements pour lui permettre d'entamer ou de poursuivre ses activités.

Le législateur a réservé le bénéfice de la décharge aux cautions constituées à titre gratuit, pour éviter d'entamer exagérément la valeur que représentent les cautions aux yeux des dispensateurs de crédit et du monde des entreprises en général. Cet objectif ne justifie cependant pas que des cautions ne puissent être déchargées au seul motif qu'outre les liens qui les unissent aux personnes morales dont elles sont actionnaires ou gérantes, elles ont un intérêt indirect au cautionnement. En effet, n'ont pas été exclues de l'excusabilité les seules cautions professionnelles ou institutionnelles mais toutes les cautions constituées à un titre qui n'est pas exclusivement gratuit. L'octroi d'un pouvoir d'appréciation au tribunal à cet égard aurait permis de tenir compte des circonstances particulières de chaque cas d'espèce et de rencontrer plus adéquatement le but d'humanisation des conséquences de la faillite. Il convient de relever que, selon les explications fournies par le ministre de la Justice au cours des travaux préparatoires, même les cautions non déchargées n'ayant pas la qualité de commerçant ne pourraient pas introduire une demande de règlement collectif de dettes, notamment en raison du fait que cette procédure porte sur les dettes personnelles du demandeur et non sur les dettes d'autrui, auxquelles sont tenues les cautions. Or, le seul fait qu'une caution soit gérant de la personne morale débitrice, comme en l'espèce, ne suffit pas à conférer un caractère commercial à son engagement. Aucune mesure ne lui permettrait donc d'échapper au paiement des dettes dont le failli a été libéré, même si elle se trouvait dans une situation financière critique. De

plus, même si la caution pouvait introduire une demande de règlement collectif de dettes, il n'en résulterait pas automatiquement une remise totale de sa dette (à la différence du failli, personne physique dont la dette est éteinte par l'effet de l'excusabilité, et de sa caution, personne physique, constituée à titre gratuit). Le médiateur de dettes et le juge des saisies disposent en effet d'un pouvoir d'appréciation quant à cette mesure.

Affaires n^{os} 2674 et 2789

Position du Conseil des ministres

A.3.1. Dans un mémoire de synthèse formulant ses observations pour les deux affaires et déposé après que les parties eussent été informées de la réouverture des débats, le Conseil des ministres commence par rappeler le cadre général de la loi sur les faillites et expose en particulier que le législateur a, en ce qui concerne le sort des personnes qui se sont portées cautions des obligations des débiteurs faillis excusés, consacré la jurisprudence de la Cour affirmée dans son arrêt n° 69/2002 du 28 mars 2002.

Il rappelle ensuite que le projet de loi déposé à la Chambre des représentants ne prévoyait pas l'exclusion des personnes morales du bénéfice de l'excusabilité mais que ce sont deux amendements déposés en ce sens qui ont abouti à la modification du projet initial.

A.3.2. Plusieurs raisons ont donc, selon le Conseil des ministres, amené le législateur à exclure les personnes morales du bénéfice de l'excusabilité. Tout d'abord, la notion d'excusabilité repose sur un élément moral impossible à appliquer aux individualités telles que les personnes morales. Ensuite, un objectif de bonne administration de la justice a amené le législateur à devoir modifier l'article 81 de la loi sur les faillites. L'excusabilité des personnes morales entraînait des procédures judiciaires superflues et une surcharge inutile des tribunaux en ce qui concerne les litiges relatifs aux dettes de l'Office national de sécurité sociale, lesquels étaient presque systématiques.

De plus, au cours des travaux préparatoires de la loi du 4 septembre 2002, on a mis en exergue les problèmes provoqués par l'excusabilité des personnes morales lors des opérations de liquidation.

A.3.3. Le Conseil des ministres estime que la différence de traitement repose sur un critère objectif et pertinent, la qualité de personne physique ou morale.

Le but poursuivi par le législateur est légitime, à savoir éviter les conséquences néfastes de la faillite et humaniser celle-ci. Enfin, les moyens utilisés sont raisonnablement proportionnels au but poursuivi. D'abord, il est incontestable, estime le Conseil des ministres, que l'excusabilité a une portée morale difficilement applicable aux personnes morales. On n'aperçoit pas comment il serait possible de déterminer qu'une société est malheureuse et de bonne foi. Le législateur n'a pas estimé souhaitable de permettre aux personnes morales de bénéficier de l'excusabilité car, d'une part, il est indéniable, selon le Conseil des ministres, que la société excusée est confrontée à un problème insurmontable découlant du Code des sociétés et, d'autre part, il craignait que ne se développe un commerce de sociétés déclarées excusables. Sous l'empire de la loi de 1997, les cours et tribunaux n'accordaient que rarement le bénéfice de l'excusabilité aux personnes morales. Le requérant n'aurait pas pu en bénéficier avec autant de certitude qu'il semble le penser et donc il ne peut se prévaloir d'une quelconque violation du principe de la sécurité juridique.

A.3.4. Quant au fait que l'excusabilité est réservée aux cautions constituées à titre gratuit, le Conseil des ministres, après avoir rappelé les caractéristiques du contrat de cautionnement, soutient que le critère de distinction est objectif et pertinent. Le but poursuivi est légitime. Certes, la Cour a dit pour droit, dans son arrêt n° 69/2002 du 28 mars 2002, que l'exclusion de la caution des effets de l'excusabilité violait le principe d'égalité. C'est pourquoi le législateur a étendu les effets de l'excusabilité aux personnes physiques qui se sont rendues, à titre gratuit, caution d'un commerçant failli déclaré excusable. Le législateur a, en adoptant les dispositions critiquées, tenu compte, d'une part, des critiques de la Cour et, d'autre part, de l'intérêt général que constituent les cautions pour la dynamique des entreprises. Quant aux moyens utilisés, ils sont raisonnablement

proportionnels au but visé. En effet, le législateur n'a pas voulu décharger automatiquement les cautions afin d'éviter que celles-ci soient déresponsabilisées. Enfin, le Conseil des ministres tient à rappeler que la caution qui se trouverait, suite aux paiements qu'elle a dû faire aux créanciers du failli, dans l'impossibilité de payer pourrait saisir le juge des saisies en vue d'un règlement collectif de dettes.

Le Conseil des ministres conclut que les dispositions en cause ne violent pas les articles 10 et 11 de la Constitution.

- B -

B.1. Les dispositions attaquées font partie de la législation sur les faillites, qui vise essentiellement à réaliser un juste équilibre entre les intérêts du débiteur et ceux des créanciers.

La déclaration d'excusabilité constitue pour le failli une mesure de faveur qui lui permet de reprendre ses activités sur une base assainie et ceci, non seulement dans son intérêt, mais aussi dans celui de ses créanciers ou de certains d'entre eux qui peuvent avoir intérêt à ce que leur débiteur reprenne ses activités sur une telle base, le maintien d'une activité commerciale ou industrielle pouvant en outre servir l'intérêt général. (*Doc. parl.*, Chambre, 1991-1992, n° 631/1, pp. 35 et 36)

Jugeant que « la faculté de se redresser est [...] utopique si [le failli] doit conserver la charge du passif », le législateur a estimé que « rien ne justifie que la défaillance du débiteur, conséquence de circonstances dont il est victime, l'empêche de reprendre d'autres activités » (*Doc. parl.*, Chambre, 1991-1992, n° 631/13, p. 50).

Il ressort des travaux préparatoires que le législateur s'est soucié de tenir « compte, de manière équilibrée, des intérêts combinés de la personne du failli, des créanciers, des travailleurs et de l'économie dans son ensemble » et d'assurer un règlement humain qui respecte les droits de toutes les parties intéressées (*Doc. parl.*, Chambre, 1991-1992, n° 631/13, p. 29).

Par la loi du 4 septembre 2002 modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, le Code judiciaire et le Code des sociétés, le législateur a entendu atteindre les objectifs originaires

avec encore davantage d'efficacité (*Doc. parl.*, Chambre, 2001-2002, DOC 50-1132/001, p. 1).

B.2. En permettant au tribunal de déclarer le failli excusable, le législateur a pris une mesure qui est conforme aux objectifs qu'il poursuit.

Pour les motifs exprimés dans les arrêts n^{os} 132/2000 et 113/2002, la possibilité de déclarer le failli excusable n'établit de discrimination ni entre commerçants et non-commerçants ni entre créanciers selon que leur débiteur est un failli excusé ou non excusé.

B.3. Par la loi du 4 septembre 2002, le législateur a instauré une nouvelle condition : le failli ne peut être excusable que s'il est malheureux et de bonne foi. Lorsqu'il remplit cette condition, l'excusabilité ne peut lui être refusée par le tribunal sauf circonstances graves spécialement motivées (article 80, alinéa 2, de la loi sur les faillites).

La même loi a introduit deux dispositions nouvelles qui sont mises en cause dans les affaires présentes :

- l'article 81, 1^o, qui dispose que ne peut être déclarée excusable la personne morale faillie;

- l'article 82, qui énonce :

« L'excusabilité éteint les dettes du failli et décharge les personnes physiques qui, à titre gratuit, se sont rendues caution de ses obligations.

Le conjoint du failli qui s'est personnellement obligé à la dette de son époux est libéré de cette obligation par l'effet de l'excusabilité. »

En ce qui concerne la différence de traitement entre personnes morales et personnes physiques

B.4.1. Dans l'affaire n° 2674, le requérant, associé et gérant d'une société déclarée en faillite, allègue en premier lieu une violation des articles 10 et 11 de la Constitution en ce que l'article 81, 1°, de la loi sur les faillites dispose que la personne morale faillie ne peut être déclarée excusable, alors que la personne physique peut l'être.

B.4.2. L'article 81, 1°, de la loi du 8 août 1997 sur les faillites permettait d'accorder l'excusabilité tant aux personnes morales qu'aux personnes physiques. Parmi les circonstances pouvant garantir une meilleure gestion d'une société pour l'avenir, l'exposé des motifs de cette loi en projet mentionnait : « notamment lorsque les administrateurs ont été remplacés » (*Doc. parl.*, Chambre, 1991-1992, n° 631/1, p. 35).

Un amendement du Gouvernement proposant d'exclure les personnes morales du bénéfice de l'excusabilité fut retiré (*Doc. parl.*, Chambre, 1991-1992, n° 631/13, p. 281).

B.4.3. Dans le projet qui allait devenir la loi du 4 septembre 2002, les situations respectives de la personne physique et de la personne morale ont été examinées dans ces termes :

« Il a donc été procédé à une reformulation du texte légal sur ce point de manière à souligner que l'excusabilité est en principe accordée au failli qui répond aux conditions de malheur et de bonne foi ou, s'il s'agit d'une personne morale, qui offre les garanties raisonnables de pouvoir efficacement s'engager dans des activités commerciales nouvelles, sauf à relever l'existence de circonstances particulières qui justifient le refus du tribunal. Lesdites circonstances particulières devront être spécialement motivées par le tribunal.

Les conditions de malheur et de bonne foi recouvrent le fait pour le failli d'avoir été victime d'un ensemble de circonstances qui, pour certaines, sont indépendantes de sa volonté et de s'être correctement comporté avant et pendant le cours de la faillite. Cette condition a pour vocation de s'appliquer aux seuls faillis qui sont des personnes physiques, tandis que l'offre de garanties raisonnables de pouvoir efficacement s'engager dans des activités commerciales nouvelles constitue une condition appelée à ne s'appliquer qu'aux faillis qui sont des personnes morales. Par ailleurs, s'agissant des personnes morales, le tribunal pourra subordonner l'octroi de l'excusabilité à la garantie que certaines personnes indélicates ou incompétentes soient écartées de la gestion de la personne morale. » (*Doc. parl.*, Chambre, 2000-2001, DOC 50-1132/001, pp. 12 et 13; DOC 50-1132/013, p. 4)

B.4.4. Dans la loi du 4 septembre 2002, le législateur a finalement décidé d'exclure les personnes morales du bénéfice de l'excusabilité, accueillant un amendement qui se donnait la justification suivante :

« Instaurer une excusabilité pour les sociétés n'a pas de sens, étant donné que l'on peut difficilement prêter certaines qualités morales à une individualité juridique. Cette notion est donc essentiellement liée aux personnes physiques. Le fait que le projet de loi prévoit qu'une société peut être déclarée excusable si elle offre la garantie de ' pouvoir efficacement s'engager dans des activités économiques nouvelles ' n'y change rien. » (*Doc. parl.*, Chambre, 2000-2001, DOC 50-1132/002, p. 5)

Un autre amendement, qui avait le même objet, insistait sur les problèmes pratiques posés par l'excusabilité des personnes morales, notamment ceux qui proviennent d'un « commerce de sociétés déclarées excusables » et du contentieux relatif aux dettes à l'égard de l'O.N.S.S. (*Doc. parl.*, Chambre, 2000-2001, DOC 50-1132/003, pp. 2 et 3; DOC 50-1132/008, pp. 2 et 3). Enfin, il a également été question des conflits pouvant naître entre le curateur et les actionnaires d'une société excusée (*Doc. parl.*, Chambre, 2000-2001, DOC 50-1132/013, pp. 113 et 114).

B.4.5. Il ressort de l'ensemble des travaux préparatoires précités que le législateur a d'abord estimé que pouvaient être excusées tant les personnes morales que les personnes physiques, puis a considéré que seules celles-ci étaient excusables. Le choix entre ces deux options relève de l'appréciation du législateur sans que l'une ou l'autre puisse, en soi, être considérée comme discriminatoire.

B.4.6. En ce qui concerne plus particulièrement l'option prise par le législateur dans la loi du 4 septembre 2002, qui est critiquée dans l'affaire n° 2674, la différence de traitement se fonde sur un critère objectif. A la différence de la personne physique, qui reste sujet de droit à l'issue de la déclaration de faillite, la personne morale peut être dissoute. C'est en ce sens que l'article 83 de la loi du 8 août 1997 dispose que « la décision de clôture des opérations de la faillite d'une personne morale la dissout [...] ».

B.4.7. Le critère est également pertinent à la lumière des objectifs précités de la mesure d'excusabilité. Si une personne physique peut se trouver exclue du circuit économique parce que la charge de ses dettes la dissuade de recommencer une activité commerciale, il n'en est pas de même d'une personne morale puisque, après sa faillite, son fonds de commerce peut faire l'objet d'une cession. Le souci de permettre « un nouveau départ » peut, sans violer le principe d'égalité, être réservé aux personnes physiques.

B.4.8. En tant qu'il reproche à l'article 81, 1°, de la loi sur les faillites d'établir une discrimination entre personnes physiques et personnes morales, le moyen n'est pas fondé.

En ce qui concerne la différence de traitement entre les cautions à titre gratuit et les autres cautions

B.5.1. Dans l'affaire n° 2674, le requérant dénonce une violation des articles 10 et 11 de la Constitution en ce que l'article 82, alinéa 1er, de la loi sur les faillites dispose que l'excusabilité du failli ne décharge de leurs obligations que les cautions à titre gratuit.

B.5.2. Etant donné que la loi du 4 septembre 2002 libère de leurs obligations non seulement le failli mais également le conjoint du failli qui s'est personnellement obligé à la dette du failli et les personnes physiques qui, à titre gratuit, se sont rendues caution d'une obligation du failli, la Cour doit examiner si cette mesure n'a pas d'effets discriminatoires à l'égard d'autres personnes tenues d'acquitter certaines dettes du failli.

En décidant de faire bénéficier certains coobligés du failli des effets de l'excusabilité accordée à celui-ci, le législateur s'écarte du droit patrimonial civil, en vertu duquel « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » (article 1134, alinéa 1er, du Code civil) et « quiconque est obligé personnellement est tenu de remplir ses engagements sur tous ses biens mobiliers ou immobiliers, présents et à venir » (article 7 de la

loi hypothécaire du 16 décembre 1851). Il convient d'examiner spécialement si la mesure litigieuse n'a pas de conséquences disproportionnées pour l'une des parties concernées par la faillite.

B.5.3. Lorsque, spécialement en matière économique, le législateur estime devoir sacrifier l'intérêt des créanciers au profit de certaines catégories de débiteurs, cette mesure s'inscrit dans l'ensemble de la politique économique et sociale qu'il entend poursuivre. La Cour ne pourrait censurer les différences de traitement qui découlent des choix qu'il a faits que si ceux-ci étaient manifestement déraisonnables.

B.5.4. Le choix de ne libérer que la caution dite de bienfaisance a été justifié de la manière suivante :

« Afin de supprimer les effets pervers dénoncés ci-dessus, il suffirait de disposer dans la loi sur les faillites que l'excusabilité éteint les dettes du débiteur. Il y a toutefois lieu de faire la distinction entre les cautions professionnelles, lesquelles se sont engagées moyennant rémunération à pallier la défaillance du débiteur principal et dont on doit s'attendre à ce qu'elles respectent leurs obligations, et celles qui sont constituées par des particuliers pour des motifs de bienfaisance, sans parfois mesurer toutes les conséquences de leur décision. La position négative des créanciers à l'égard de l'excusabilité de leur débiteur ne sera pas renforcée dès lors qu'ils conservent l'avantage de la caution rémunérée. » (*Doc. parl.*, Chambre, DOC 50-1132/001, p. 17)

La différence de traitement critiquée repose sur un critère objectif : la nature gratuite de la caution porte sur l'absence de tout avantage, tant direct qu'indirect, que la caution peut obtenir grâce au cautionnement.

Le critère est pertinent à la lumière des objectifs mentionnés en B.1. En libérant de leurs obligations les seules personnes qui ne poursuivent aucun avantage économique par le biais de leur caution, le législateur a entendu protéger la catégorie des cautions la plus désintéressée et la plus vulnérable.

En refusant de décharger également la caution qui retirait un avantage de son engagement et en maintenant à l'égard de celle-ci l'application des règles du droit commun rappelées en B.5.2, il n'apparaît pas que le législateur ait fait un choix manifestement déraisonnable.

B.6. En tant qu'il est dirigé contre l'article 82, alinéa 1er, de la loi sur les faillites, le moyen n'est pas fondé.

En ce qui concerne la différence de traitement entre les cautions d'une personne physique et les cautions d'une personne morale

B.7. Par la question préjudicielle posée dans l'affaire n° 2789, et dans le recours introduit dans l'affaire n° 2674, il est reproché au même article 81, 1°, d'établir une différence de traitement qui serait injustifiée en ce que, en ne permettant pas d'excuser les personnes morales, cette disposition a pour conséquence que les personnes physiques qui se sont portées caution, à titre gratuit, d'une personne morale faillie, ne peuvent se voir décharger de leur obligation, au contraire des personnes physiques qui se sont portées caution, à titre gratuit, d'une personne physique faillie.

B.8.1. Il ressort de la chronologie des travaux préparatoires que la situation des cautions a été prise en considération, lors des débats qui ont précédé la loi du 4 septembre 2002, alors que le texte en projet n'excluait pas les personnes morales du bénéfice de l'excusabilité. Le projet déposé le 7 mars 2001 faisait observer, en ce qui concerne les cautions :

« Par ailleurs, à la lumière du souci d'humanisation des conséquences de la faillite qu'avait manifesté le législateur de 1997, le projet envisage également le sort des personnes qui se sont rendues caution d'une obligation du failli. En effet, selon la majorité de la doctrine, l'excusabilité du failli ne décharge pas les cautions puisqu'elle n'a d'autre effet que celui d'empêcher les poursuites, sans éteindre la dette. Les cautions sont bien souvent des parents du failli et cette circonstance entraîne parfois des effets pervers. Pour prendre l'exemple le plus criant, il est anormal de dire un jeune failli excusable, alors que ses parents, à l'âge de la pension, seraient ruinés et devraient supporter malgré tout le passif. D'autre part, cette conséquence conduit de nombreux faillis à ne pas souhaiter obtenir leur excusabilité et le

tribunal de commerce à ne pas la prononcer. » (*Doc. parl.*, Chambre, DOC 50-1132/001, p. 17)

B.8.2. Par son arrêt n° 69/2002, rendu le 28 mars 2002, la Cour a constaté que « si l'institution de la caution implique qu'elle reste, en règle, tenue de son cautionnement lorsque le failli est déclaré excusable, il n'est pas [...] justifié de ne [pas] permettre [...] qu'un juge puisse apprécier s'il n'y a pas lieu de la décharger, en particulier en ayant égard au caractère désintéressé de son engagement » (B.11). Elle concluait que, pour ce motif, l'article 82 de la loi du 8 août 1997, qui n'envisageait pas le sort de la caution, violait les articles 10 et 11 de la Constitution.

B.8.3. L'article 82, alinéa 1er, de la loi sur les faillites, introduit par la loi du 4 septembre 2002, a mis fin à la discrimination constatée par la Cour mais en étendant automatiquement à toute caution qui s'est engagée à titre gratuit le bénéfice de l'excusabilité.

B.8.4. Cette disposition n'est pas de nature à corriger adéquatement la discrimination constatée dans l'arrêt n° 69/2002.

B.9.1. Le failli est, par hypothèse, une personne qui a exercé le commerce et que, ainsi qu'il a été dit en B.1, il ne faut pas dissuader de reprendre une activité commerciale. Il doit en plus être malheureux et de bonne foi, ce qui permet au tribunal d'examiner la manière dont il a exercé son commerce. Enfin, la faculté est donnée au tribunal de refuser l'excusabilité si des circonstances graves font obstacle à ce qu'elle soit accordée.

B.9.2. La caution à titre gratuit est, au contraire, une personne qui n'est pas considérée comme agissant en qualité de commerçant et pour laquelle le souci de permettre la reprise d'une activité commerciale est généralement absent. Elle se voit pourtant, dans tous les cas où le failli est excusé, déchargée de son engagement, quelle que soit sa situation de fortune, les conditions de malheur et de bonne foi n'étant pas exigées en ce qui la concerne.

B.10. En étendant automatiquement à la caution à titre gratuit le bénéfice de l'excusabilité qui n'est accordée qu'à certaines conditions au failli, le législateur est allé au-delà de ce qu'exigeait le principe d'égalité. Il a imposé aux créanciers un sacrifice qui n'est pas raisonnablement proportionné au but qu'il poursuit.

B.11. En outre, en excluant les personnes morales du bénéfice de l'excusabilité, le législateur a introduit un second automatisme qui aboutit à créer une discrimination parmi les cautions à titre gratuit.

B.12. Si, au cours des débats qui ont précédé le vote de la loi du 4 septembre 2002, l'extension de l'excusabilité au bénéfice de la caution à titre gratuit a été critiquée soit dans son principe, soit parce qu'elle risquait de devenir automatique (*Doc. parl.*, Chambre, DOC 50-1132/013, p. 96), aucune justification n'a été donnée de la différence de traitement qui allait découler, en ce qui concerne ces cautions, de l'adoption de l'article 81, 1°. Pourtant, les personnes qui ont donné leur caution à titre gratuit au bénéfice d'un parent exerçant le commerce sous la forme d'une société se trouvent, en cette qualité, dans une situation qui n'est pas essentiellement différente de celle des parents décrite dans la citation reproduite en B.8.1.

Leur situation est même plus mauvaise que celle des cautions d'une personne physique non excusée puisque, la faillite de la personne morale entraînant désormais sa dissolution, la caution qui a payé ne pourra jamais exercer l'action subrogatoire prévue par l'article 2028 du Code civil.

B.13. Bien qu'en lui-même l'article 81, 1°, ne soit pas discriminatoire, ainsi qu'il a été dit en B.4.8, il n'est pas compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution, en ce qu'il a pour effet, sans justification raisonnable, que la caution à titre gratuit d'une personne morale faillie ne peut jamais être déchargée de son engagement alors que la caution à titre gratuit d'une personne physique faillie est automatiquement déchargée si le failli est déclaré excusable.

B.14. Il ressort de ce qui précède que, bien que, lus séparément, l'article 81, 1°, et l'article 82, alinéa 1er, soient raisonnablement justifiés, leur combinaison aboutit à la

discrimination décrite en B.13. Il convient, en conséquence, de les annuler afin que le législateur puisse réexaminer l'ensemble des questions posées par l'excusabilité et par le cautionnement à titre gratuit.

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

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

Par ces motifs,

la Cour

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

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

Ainsi prononcé en langue française, en langue néerlandaise et en langue allemande, conformément à l'article 65 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, à l'audience publique du 30 juin 2004.

Le greffier,

Le président,

P.-Y. Dutilleux

M. Melchior