

## 6.11. L'excusabilité en matière de faillite

### I. Introduction

L'une des intentions affichées du législateur de 1997 fut d'humaniser la faillite en gommant son caractère infamant et en permettant au failli un « fresh start ».

La décharge du failli déclaré excusable constitue une innovation fondamentale.

Cette révolution ne manqua pas de soulever polémiques doctrinales et divisions jurisprudentielles, tant en raison des principes remis en cause que de l'importance des enjeux, notamment pour les créanciers institutionnels et les banques.

Depuis le 1er janvier 1998, date de mise en vigueur de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, les articles qui ont trait à l'excusabilité, à la décharge du conjoint et des cautions sont ceux qui ont subi le plus de modifications, plus particulièrement suite aux différents arrêts rendus par la Cour constitutionnelle, laquelle avait mis l'accent sur l'inconstitutionnalité patente de certains articles originaires.

Les articles qui nous occupent particulièrement, à savoir les articles 79 à 82, ont notamment été modifiés par la loi de réparation du 4 septembre 2002, par la loi du 20 juillet 2005, laquelle a introduit un chapitre 4bis introduisant ainsi les articles 72bis et 72ter et par la loi du 18 juillet 2008.

Cette matière a donc fortement évolué depuis son introduction dans le droit positif.

### II. La notion d'excusabilité

La notion d'excusabilité est basée sur l'inanité de maintenir à charge du failli, après la clôture de la faillite, l'ensemble des dettes non payées à l'occasion de celle-ci.

Cela obligeait le failli à vivre dans une semi clandestinité sur le plan économique, sa vie se passant, aussi longtemps que la prescription n'était pas acquise, à jouer à cache-cache avec les créanciers, en travaillant soit au noir, soit par l'intermédiaire d'autres personnes, soit s'il était salarié, en veillant à ne pas recevoir une rémunération apparente qui excède les quotités saisissables.

La notion d'excusabilité a été introduite dans notre droit par la loi du 8 août 1997 sur les faillites.

Cette notion n'était cependant pas nouvelle.

Elle existait déjà sous l'empire de la loi de 1851, mais ne constituait alors qu'un genre de brevet d'honnêteté, sans portée juridique particulière, sinon la possibilité d'obtenir la réhabilitation.

Le législateur de 1997 a eu égard au fait qu'une personne qui a fait faillite doit avoir la possibilité de recommencer une nouvelle activité économique.

L'excusabilité permet, en effet, au failli d'obtenir une sorte d'effacement de ses dettes, ce qui lui permet de démarrer une vie nouvelle, sans le poids de son passé.

Les travaux préparatoires enseignent que, lorsque le failli a été victime de circonstances indépendantes de sa volonté ou offre des garanties pour l'avenir d'une meilleure gestion, il faut lui permettre de reprendre ses activités en le déchargeant de son passif.

A son origine, l'excusabilité ne peut cependant pas être considérée comme une mesure générale à l'égard de tout failli.

Elle reste une mesure de faveur accordée au débiteur qui nonobstant sa faillite, peut être un partenaire commercial fiable, dont le maintien en activité commerciale ou industrielle sert l'intérêt général.

### **III. Les conditions de l'excusabilité le failli malheureux et de bonne foi**

La jurisprudence a immédiatement constaté que le législateur ne donnait guère de critères particuliers quant à l'octroi de l'excusabilité.

Dès l'entrée en vigueur de la loi, les décisions soulignaient que l'excusabilité n'était pas un droit mais une faveur accordée à celui qui, dans l'avenir, pourrait être considéré comme un partenaire fiable.

Certaines juridictions se sont montrées plus rigoureuses que d'autres.

Ainsi, le Tribunal de commerce de Liège considérait que tout failli qui n'a pas respecté raisonnablement les obligations qui découlent de son statut de commerçant et en suite de son état de failli ne peut prétendre à bénéficier de l'excusabilité. (1)

En revanche, tout commerçant:

- qui fait face à ses obligations ;
- ou a été victime de circonstances extérieures qui sont à l'origine de sa faillite;
- ou qui offre pour l'avenir des garanties de pouvoir efficacement s'engager dans des activités commerciales nouvelles, peut être déclaré excusable. (2)

Le Tribunal de commerce de Charleroi considère que l'excusabilité instaurée par la loi nouvelle est inspirée par une double philosophie :

- d'une part, elle permet de maintenir dans les circuits économiques un débiteur qui nonobstant sa faillite peut être un partenaire commercial fiable dont le maintien en activité commerciale et industrielle sert l'intérêt général,
- et ensuite elle offre une seconde chance au commerçant malchanceux, en effaçant les stigmates qui marquent généralement l'état de faillite.

Le législateur s'apercevant que les tribunaux avaient fait du principe de l'excusabilité une faveur et non un droit, décida en 2002 de modifier le texte de l'article 80 qui prévoit désormais que, sauf circonstance graves spécialement motivées, le tribunal prononce l'excusabilité du failli malheureux et de bonne foi.

L'article 81 prévoyait cependant que les personnes physiques faillies ayant été condamnées pour infraction à l'article 489ter du Code pénal pour vol, faux, concussion, escroquerie ou abus de confiance et les dépositaires, tuteurs, administrateurs ou autres comptables qui n'ont pas rendu et soldé leur compte en temps utile ne pouvaient être déclarés excusables.

Dans un arrêt du 22 janvier 2003, la Cour constitutionnelle a considéré que le caractère absolu de l'inexcusabilité prévu à l'article 81 avait, pour les faillis concernés, des conséquences extrêmement graves puisque ceux qui avaient été condamnés pour une infraction visée par la disposition en cause étaient automatiquement exclus de la mesure de faveur de l'excusabilité.(3)

(1) T. Corn. Liège 7 juin 2001, JT. 2001 9698.

(2) T. Corn. Liège 13 juillet 1998, JLMB 199881250.

(3) Arrêt du 22.01.2003 n° 11/2003.

La Cour a dès lors décrété que l'article 81, tel que libellé, violait les articles 10 et 11 de la Constitution, et le législateur a supprimé le deuxième de l'article 81 en sorte qu'à l'heure actuelle, **sauf circonstances graves spécialement motivées, le tribunal prononce l'excusabilité du failli malheureux et de bonne foi.**

Selon un arrêt du 14 avril 2005 de la Cour d'appel de Liège, « n'est pas malheureux et de bonne foi, le débiteur qui a adopté un comportement frauduleux ou qui a organisé de manière artificielle son insolvabilité, mettant hors de portée de ses créanciers des sommes dont il peut encore disposer de manière indirecte ».

A titre d'exemple en ce qui concerne les circonstances graves justifiant de refuser l'excusabilité, on citera la Cour d'appel de Liège qui, dans un arrêt prononcé le 28 septembre 2006, rappelle que le non-paiement de montants considérables dus à des créanciers institutionnels ne constituent pas en soi un motif pour refuser l'excusabilité, à l'instar de la hauteur du passif.

La Cour précise cependant que l'absence de tenue de comptabilité, l'absence de collaboration avec la curatelle et la poursuite d'une activité lucrative occulte après la faillite constituent des motifs de refus suffisants.

Le détournement de clientèle donne lieu à la même sanction.

En sens opposé, le Tribunal de commerce de Verviers, dans une décision du 10 février 2003, a accordé l'excusabilité sur recours de l'Etat belge à un commerçant dont il n'était pas permis de douter de la bonne foi malgré le fait que l'intéressé n'apporte pas la preuve des circonstances malheureuses qui auraient entraîné sa faillite, ni du fait qu'il resterait un partenaire commercial fiable. (4)

Le tribunal relève que l'Etat fait mention de ce que l'épouse du failli aurait souscrit, avant la faillite, des emprunts qui lui aurait permis de racheter l'affaire et de financer l'achat d'un véhicule de marque Mercedes.

Cependant, ces arguments déjà communiqués au Juge Commissaire, celui-ci a donné en son rapport un avis favorable se basant sur des accidents et le handicap de l'intéressé et relevant son attitude de collaboration lors des opérations de faillite.

Le tribunal soulève enfin que depuis l'entrée en vigueur de la loi du 4 septembre 2002, ce n'est plus au failli qu'il incombe de prouver les circonstances qui justifieraient l'octroi de l'excusabilité, mais bien à l'opposant d'établir des circonstances graves qui justifieraient le refus de cette faveur.

Dans le même sens, la Cour d'appel de Liège, par un arrêt du 24 février 2009, a considéré que même si des négligences et des erreurs de gestion sont constatées, lorsqu'il n'existe pas de circonstances graves au sens de l'article 80, justifiant que le bénéficiaire de l'excusabilité soit retiré au commerçant, et ce, d'autant plus que celui-ci a collaboré avec le curateur, il importe d'accorder l'excusabilité à ce dernier. (5)

Par contre, la Cour d'appel de Liège, par décision du 13 décembre 2007, relève que le commerçant, bien que n'accusant pas d'antécédents spécifiques, a négligé la tenue régulière de sa comptabilité et a manifestement manqué d'organisation dans son entreprise de sorte que l'intéressé ne paraît pas fiable en tant que partenaire commercial.

Il résulte, d'après la Cour, de ces constatations que la faillite est due au comportement irréflectif et au manque de fiabilité du débiteur failli.

Partant, la Cour rejette le droit à l'excusabilité.

(4) T. Commerce Verviers 10.02.2003 - N02/077.

(5) Cour d'appel de Liège - 24.02.2009 - Rép. N° /204.

Dans un sens opposé, on constate avec surprise que le Tribunal de commerce de Liège dans une décision du 12 juillet 2007, décision définitive, a accordé l'excusabilité à un commerçant ayant fait l'objet de condamnation pénale, sur la base d'infraction à l'article 489ter du Code pénal pour vol, faux, escroquerie ou abus de confiance.

Le tribunal relève que le caractère absolu de l'inexcusabilité prévu par l'article 81 a, pour les faillis concernés, des conséquences extrêmement graves, puisque ceux qui ont été condamnés pour une infraction visée par la disposition en cause sont automatiquement exclus de la mesure de faveur de l'excusabilité, sans que le Juge ait la possibilité de vérifier si l'intéressé serait un partenaire commercial suffisamment fiable ...

Pareille exclusion de l'excusabilité illimitée dans le temps absolu et automatique des faillis qui ont été condamnés pour l'une quelconque des infractions, va au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi: il n'apparaît pas que le fait de conférer au Juge un certain pouvoir d'appréciation en la matière donnant lieu, au besoin, à une motivation spécifique, porterait atteinte aux objectifs du législateur.

Le tribunal considère qu'il n'y a pas lieu de refaire un procès pénal; il faut pouvoir prendre en considération la décision pénale dans son contexte et, enfin, il faut également tenir compte du comportement du justiciable face à la procédure de faillite.

En l'espèce, il apparaît manifeste que le comportement de l'intéressé a jeté un discrédit certain sur une profession basée principalement sur la confiance, mais il importe également de retenir que l'intéressé a intérêt à pouvoir bénéficier de l'excusabilité, tenant compte de ses erreurs de jeunesse qui n'ont été que le reflet malheureux d'un contexte particulier et d'autre part, sa parfaite collaboration avec la curatelle, qui ainsi a démontré qu'il avait pris conscience de ses fautes ...

En ce sens, le Tribunal de commerce de Liège, par sa décision du 12 novembre 2007, a considéré que le failli, simple entrepreneur sans personnel, bien qu'ayant fait l'objet d'une condamnation pénale pour des faits de détournement ayant entraîné la faillite, n'exclut pas le prononcé de l'excusabilité, tenant compte de l'intérêt général de prendre la décision pénale dans son contexte, et de tenir compte du comportement face à la procédure de faillite ...

On notera que la première version de la loi de 1997 envisageait l'excusabilité pour les personnes physiques mais également pour les personnes morales ayant la qualité de commerçant.

Cette possibilité a été abrogée par la loi du 4 septembre 2002.

Par la réforme du 20 juillet 2005, le principe est resté, à savoir que la personne morale faillie ne peut être déclarée excusable.

#### **IV. Les effets de l'excusabilité**

##### *A. Quant au failli*

###### 1) L'impossibilité de poursuites

Dans l'état actuel de notre législation, lorsque le failli est déclaré excusable, il ne peut plus être poursuivi par ses créanciers(6).

En d'autres termes, à l'issue de la procédure de faillite, les créanciers qui n'auront pas été intégralement désintéressés ne recouvreront par leurs droits à l'encontre du failli.

Leurs créances seront irrécouvrables.

(6) Article 82 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites.

L'excusabilité est cependant sans effet sur les dettes alimentaires du failli et sur 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.

L'excusabilité du failli vaut pour tous les créanciers sans exception, qu'ils aient ou non produit leur créance à la faillite, pour autant que la créance soit née au moment du jugement déclaratif de faillite et ait pu, dès lors, entrer dans la masse.

L'excusabilité vaut aussi à l'égard des dettes fiscales et sociales du failli (7), ce qui n'a pas manqué de susciter quelques frémissements relatifs aux principes d'égalité devant l'impôt et de la légalité de l'impôts (8).

Les dettes de la masse ne sont quant à elles **pas** affectées par la déclaration d'excusabilité.

L'excusabilité déploie ses effets à la date du prononcé du jugement et est donc sans effet sur les dettes de la masse, par hypothèse postérieures au jugement déclaratif de faillite.

La Cour de cassation considère que les précomptes immobiliers relatifs notamment aux exercices d'imposition après l'ouverture de la faillite, constituent des dettes de la masse et ne sont donc pas affectées par la déclaration d'excusabilité.

Dans un autre arrêt de la Cour d'appel de Liège, il était question de précompte immobilier récupéré par l'administration fiscale tenant compte de la non-reconnaissance de l'excusabilité en instance.

Notons que par jugement du 21 décembre 2006, le Tribunal de commerce de Verviers a considéré que si la législation en vigueur ne prévoit pas une excusabilité partielle, la loi ne l'interdit cependant pas.

Cette opinion est cependant loin de faire l'unanimité.

## 2) La réhabilitation

L'article 110 de la loi sur les faillites prévoit que le failli déclaré excusable est réputé réhabilité.

### *B. Quant au conjoint ou ex-conjoint du failli*

La loi du 18 juillet 2008 a modifié l'alinéa 2 de l'article 82, lequel prévoit désormais que:

« Le conjoint du failli qui est personnellement obligé à la dette de son époux ou l'ex-époux qui est personnellement obligé à la dette de son époux contractée du temps du mariage est libéré de cette obligation par l'effet de l'excusabilité. »

Cette nouvelle disposition supprime donc la différence de traitement qui existait entre le conjoint du failli responsable des dettes et l'ancien conjoint qui s'était porté garant des dettes pendant la durée du mariage.

Lorsque le mariage était dissout, le dernier conjoint ne bénéficiait plus automatiquement d'une excusabilité.

Dès lors, auparavant, le failli excusé et divorcé pouvait repartir avec une ardoise vierge tandis que son ex-conjoint, dont la situation financière était peut être encore stable, se voyait soudainement confronté à des créanciers qui exigeaient le paiement des dettes sur lesquelles il n'avait eu aucune influence au moment où elles avaient été contractées.

(7) P. Cavenaile et P. Rarnquet, Le nouveau régime légal des faillites et concordats, Ed. du Jeune barreau de Liège, Liège, 1997, p. 151.

(8) I. Verougstraete, Manuel de la faillite et du concordat, Kluwer, 1998, n° 979, p. 539.

## V. La procédure

Dans le cadre de la procédure de clôture, le droit des créanciers est limité à l'avis donné conformément à l'article 79, alinéa 2 de la loi sur les faillites.

Cet avis est rapporté par le Juge Commissaire au Tribunal en Chambre du conseil qui prend acte de la délibération des créanciers relative à l'excusabilité du failli, notant le rapport du Juge Commissaire sur les circonstances de la faillite.

Le curateur et le failli sont entendus en Chambre du conseil sur l'excusabilité et sur la clôture de la faillite.

Sauf circonstances graves spécialement motivées, le tribunal prononce l'excusabilité du failli malheureux et de bonne foi.

**Remarque:** En vertu de l'article 80, la décision sur l'excusabilité est susceptible de tierce opposition par citation donnée au curateur et au failli de la part des créanciers intéressés dans le mois à compter de la publication du jugement de clôture de la faillite.

Cette tierce opposition faite par un créancier doit l'être dans le mois à compter de la publication du jugement de clôture de la faillite au Moniteur.

Le failli dispose également d'un recours, à savoir une possibilité d'appel dans le mois à dater de la notification de la décision par pli judiciaire.

Le failli peut demander au tribunal de statuer sur son excusabilité six mois après la date du jugement déclaratif de faillite.

Le législateur a permis de scinder le débat sur l'excusabilité de la clôture de la faillite, afin de limiter l'impact que pouvait avoir la durée de la procédure collective sur la situation financière du failli.

Ce double délai amène cependant à formuler quelques observations critiques:

- 1) L'objectif constant du législateur, lorsqu'il a remanié profondément la matière des faillites en 1997, était d'accélérer le traitement des faillites. Dans cette mesure, la possibilité de dissocier le débat sur la clôture de celui de l'excusabilité devrait être conçue comme une exception puisque, en principe, la clôture doit intervenir dans les plus brefs délais.
- 2) Lors de la clôture, le tribunal reçoit une vision globale de la faillite, il en a un aperçu complet, l'ensemble de l'actif et du passif de la faillite est figé. Le fait de distinguer les deux débats constitue une étape supplémentaire dans la mise à l'écart des créanciers dans les questions importantes dans la faillite.
- 3) En acceptant un débat anticipé sur la faillite, le tribunal court le risque que le failli n'ait plus le même souci de poursuivre une parfaite collaboration avec le curateur. La tâche de celui-ci risque d'en être encore plus complexe et, de ce fait, ralentie.

Cette dissociation devrait donc, dans les faits, rester exceptionnelle. Elle devrait être limitée aux hypothèses où l'information du tribunal peut être parfaite et où, quoi que la faillite soit virtuellement en voie de clôture, cette clôture ne peut être envisagée à brève échéance pour des raisons objectives, par exemple parce que des procédures judiciaires sont en cours. Il est permis de s'interroger sur le type d'actions que pourrait introduire un créancier « lésé » par une décision anticipée accordant l'excusabilité au failli alors que la poursuite de la liquidation de la faillite révélerait ensuite des circonstances excluant que le failli soit encore considéré comme malheureux et de bonne foi ...

## **Remarque importante:**

Se pose dès lors la question de savoir si l'excusabilité prévue par l'article 80, alinéa 3 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites est compatible ou non avec le caractère réel de la garantie donnée, ce qui est source de grande insécurité juridique.

Plusieurs auteurs estiment qu'il y a incompatibilité entre la nature réelle de la sûreté consentie et la décharge prévue par l'article 80, alinéa 3 de la loi sur les faillites.

Dans un arrêt du 24 février 2009, la Cour d'appel de Liège a dit pour droit que lorsque deux époux ont contracté un crédit « habitation » garanti par une hypothèque sur la résidence commune et sur un immeuble propre en nue-propiété de l'épouse, après la faillite du mari, la déclaration de son excusabilité et la vente de l'immeuble commun, l'épouse est déchargée de l'obligation qu'elle a contractée avec son mari, ce qui fait obstacle à la mise en œuvre de la garantie hypothécaire sur le bien en nue-propiété.

En sa qualité de conjoint du failli excusé, l'épouse est donc déchargée de ses obligations et le créancier ne peut plus la poursuivre, ce qui fait obstacle à la mise en œuvre de la garantie hypothécaire.

Cependant, la situation de cette épouse ayant consenti une hypothèque sur un bien propre ne peut être assimilée à celle d'un tiers affectant hypothécaire.

La Cour précise que : « Certes, il est acquis qu'un tiers affectant hypothécaire ne peut prétendre au bénéfice de la décharge prévue à l'article 80, alinéa 3 de la loi sur les faillites au profit de la personne physique qui « à titre gratuit s'est constituée sûreté personnelle du failli » puisqu'il n'est pas une sûreté personnelle et qu'il ne peut davantage prétendre à l'extinction de l'hypothèque ensuite de l'excusabilité accordée au failli, laquelle ne prévoit qu'une suspension du droit de poursuite à l'égard de ce dernier, la Cour constitutionnelle ayant par ailleurs décidé que ce régime n'était pas discriminatoire.

Mais en l'espèce, la situation du conjoint du failli est réglée par une disposition spécifique, l'article 82, alinéa 2 de la loi sur les faillites, sans qu'elle doive être examinée au regard de l'article 80, alinéa 3 relatif aux sûretés personnelles à titre gratuit.

Précisément, l'article 82, alinéa 2, place le conjoint sur le même pied que le failli excusé en sorte que, tout comme ce dernier, il ne peut plus être poursuivi, ce qui exclut toute mesure d'exécution forcée à son égard, en ce compris l'intentement de l'action hypothécaire par la saisie-exécution de l'immeuble. »

II s'est, d'autre part, posé la question de savoir si le cohabitant légal devait également profiter de l'excusabilité tout comme l'époux ou l'épouse.

La Cour Constitutionnelle a répondu à cette question par décision du 18 novembre 2010. Après avoir dû se prononcer sur une série importante d'arrêts au sujet de l'excusabilité de l'époux ou de l'ex-époux d'une personne faillie, le législateur a dû modifier la législation de manière répétée pour se conformer à cette jurisprudence.

Qu'en est-il du cohabitant qui n'est pas lié par les liens du mariage?

Par décision du 18 novembre 2010, la Cour Constitutionnelle devait se prononcer. L'issue de cette procédure était loin d'être prévisible car le statut de l'un et de l'autre n'est pas identique. La Cour a tout de même estimé qu'il y avait une discrimination puisque le cohabitant légal pouvait également être obligé à la dette du failli.

La Cour n'a pas tenu compte des différences existant entre le régime juridique du mariage et de la cohabitation légale et sans donner d'explications. La Cour a considéré en effet qu'il n'y avait pas de solution différente à donner quant à la portée de l'excusabilité en cas de faillite du cohabitant.

Le législateur devra donc revoir sa loi. Les cohabitants légaux pourront invoquer dès à présent cette jurisprudence pour s'opposer aux poursuites des créanciers de leur partenaire.

Le débat n'est peut-être pas clos, même si l'on peut douter d'un revirement de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, mais des projets de modification existent ...

Adrien ABSIL  
Avocat au Barreau de Liège  
Juge suppléant  
Professeur de droit à la CBCEC  
Membre de la Commission de Stage de l'IPCF

PACIOLI N° 322 du 1-14 août 2011