

Numéros du rôle : 2869, 2879, 2897, 2898, 2899, 2931, 2932, 2939 et 2965
Arrêt n° 2/2005 du 12 janvier 2005

A R R E T

En cause : les questions préjudicielles relatives aux articles 80, 81 et 82 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, telle qu'elle a été modifiée par la loi du 4 septembre 2002, posées par le Tribunal de première instance de Tongres, le Tribunal de première instance de Neufchâteau, le Tribunal de première instance de Charleroi, le Tribunal de première instance de Courtrai, le Tribunal de première instance de Bruxelles, la Cour d'appel de Gand et le Tribunal de commerce de Huy.

La Cour d'arbitrage,

composée des présidents A. Arts et M. Melchior, et des juges P. Martens, R. Henneuse, M. Bossuyt, E. De Groot et J.-P. Moerman, assistée du greffier L. Potoms, présidée par le président A. Arts,

après en avoir délibéré, rend l'arrêt suivant :

*

* *

I. *Objet des questions préjudicielles et procédure*

a. Par jugement du 20 novembre 2003 en cause de la s.a. KBC Bank contre D. Bohn et L. Franssen, dont l'expédition est parvenue au greffe de la Cour d'arbitrage le 9 décembre 2003, le Tribunal de première instance de Tongres a posé la question préjudicielle de savoir si :

« les articles 80 à 82 de la loi sur les faillites ne créent pas une inégalité fondamentale, sur la base des articles 10 et 11 de la Constitution, entre les cautions à titre gratuit de la personne physique faillie et celles de la personne morale faillie, dès lors que les unes, à partir de la date de la déclaration d'excusabilité, ne peuvent plus être poursuivies en justice en exécution de leurs engagements contractuels à l'égard du créancier du failli et que les autres – faute de toute possibilité d'excusabilité de la personne morale faillie – ne bénéficient pas de cette possibilité, et si cela implique une différence de traitement entre certaines catégories de personnes, qui ne se fonde pas sur un critère objectif et qui n'est pas raisonnablement justifiée, compte tenu du but et des effets de la mesure contestée ainsi que de la nature des principes qui sont en cause en l'espèce ».

b. Par jugement du 28 novembre 2003 en cause de la s.a. ING Belgique contre D. Fourny et autres, dont l'expédition est parvenue au greffe de la Cour d'arbitrage le 23 décembre 2003, le Tribunal de première instance de Neufchâteau a posé la question préjudicielle suivante :

« Les articles 81 et 82 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, tels que modifiés par la loi du 4 septembre 2002 (*Moniteur belge* du 21 septembre 2002), violent-ils les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'ils déchargent les personnes physiques qui, à titre gratuit, se sont rendues caution des obligations du failli, personne physique, qui a été déclaré excusable, alors que les personnes physiques qui, à titre gratuit, se sont rendues caution des obligations du failli, personne morale, ne peuvent en aucune manière bénéficier de cette décharge dans la mesure où la personne morale ne peut jamais être déclarée excusable, sans aucun pouvoir d'appréciation du juge ? »

c. Par jugement du 14 janvier 2004 en cause de la s.a. Fortis Banque contre P. Arets et autres, dont l'expédition est parvenue au greffe de la Cour d'arbitrage le 28 janvier 2004, le Tribunal de première instance de Charleroi a posé les questions préjudicielles suivantes :

1. « L'article 81 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, modifiée par la loi du 4 septembre 2002, viole-t-il les articles 10 et 11 de la Constitution et introduit-il en particulier une discrimination en tant qu'il autorise le Tribunal de commerce de déclarer excusable la personne faillie agissant en personne physique alors que les personnes morales faillies sont exclues du bénéfice de l'excusabilité accordée à la caution ? »

2. « Les articles 81 et 82 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, modifiée par la loi du 4 septembre 2002, violent-ils les articles 10 et 11 de la Constitution et introduisent-ils en particulier une discrimination entre les personnes s'étant engagées en qualité de caution d'un débiteur principal, en ce que la situation de la caution et sa possibilité de bénéficier des effets

de l'excusabilité accordée au débiteur principal, est déterminée par la personnalité physique ou morale de ce débiteur principal ? »

d. Par jugement du 15 janvier 2004 en cause de la s.a. Fortis Banque contre G. Mariscotti et F. Nisoli, dont l'expédition est parvenue au greffe de la Cour d'arbitrage le 28 janvier 2004, le Tribunal de première instance de Charleroi a posé la question préjudicielle suivante :

« Les dispositions de l'article 82 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, modifiée par la loi du 4 septembre 2002, relatives à la décharge des personnes physiques qui, à titre gratuit, se sont rendues cautions des obligations du failli et à la décharge du conjoint du failli qui s'est personnellement obligé à la dette de son époux, par l'effet de l'excusabilité, ne violent-elles pas les articles 10 et 11 de la Constitution en ce que les cautions des obligations d'une personne morale déclarée en faillite ne peuvent bénéficier du même avantage selon les termes de l'article 81 ? »

e. Par jugement du 6 janvier 2004 en cause de la s.c.r.l. Federale Kas voor het Beroepskrediet contre S. Buyse et P. Buyse, dont l'expédition est parvenue au greffe de la Cour d'arbitrage le 28 janvier 2004, le Tribunal de première instance de Courtrai a posé la question préjudicielle suivante :

« L'article 82 de la loi sur les faillites, modifié à partir du 1er octobre 2002 par l'article 29 de la loi du 4 septembre 2002, viole-t-il le principe d'égalité contenu aux articles 10 et 11 de la Constitution, en tant qu'il découle de cette disposition qu'une personne physique qui, à titre gratuit, s'est portée caution, avant le 1er octobre 2002, des dettes d'une personne morale dont la faillite est clôturée après le 30 septembre 2002, n'a plus aucune possibilité d'être libérée de sa dette parce qu'une personne morale faillie ne peut plus être déclarée excusable, alors que cette possibilité existait effectivement (ou aurait du moins dû exister selon l'arrêt de la Cour d'arbitrage n° 69/2002 du 28 mars 2002) dans le chef d'une personne physique qui, à titre gratuit, s'est portée caution, avant le 1er octobre 2002, des dettes d'une personne morale dont la faillite a été clôturée avant le 1er octobre 2002 ? »

f. Par jugement du 11 février 2004 en cause de la s.a. Fortis Banque contre P. Duret, dont l'expédition est parvenue au greffe de la Cour d'arbitrage le 20 février 2004, le Tribunal de première instance de Charleroi a posé la question préjudicielle suivante :

« L'article 81 de la loi sur les faillites du 8 août 1997 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, ce qui a 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 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 et ne permet donc pas à une personne physique qui s'est portée caution à titre gratuit d'une personne morale de bénéficier de l'excusabilité ? »

g. Par jugement du 12 février 2004 en cause du Fonds de participation contre la s.a. Montana Stone et autres, dont l'expédition est parvenue au greffe de la Cour d'arbitrage le 23 février 2004, le Tribunal de première instance de Bruxelles a posé les questions préjudicielles suivantes :

1. « Les articles 81 et 82 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites (modifiés par la loi du 4 septembre 2002), qui réservent le bénéfice de l'excusabilité aux seules personnes physiques faillies – à l'exclusion des personnes morales faillies – et qui précisent les conséquences de l'excusabilité pour les cautions à titre gratuit de la personne faillie, ne violent-ils pas les articles 10 et 11 de la Constitution, en ce qu'ils ne permettent pas à une personne physique qui s'est portée caution à titre gratuit des engagements d'une personne morale déclarée en faillite de faire état d'une décharge de ses obligations lorsque la faillite a été déclarée dans des circonstances qui la rendent excusables, alors que, dans de telles circonstances, une personne physique qui s'est portée caution, à titre gratuit, des engagements d'une personne physique déclarée en faillite est de droit déchargée de ses obligations de caution ? »

2. « Les articles 81 et 82 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites (tels que modifiés par la loi du 4 septembre 2002), qui réservent le bénéfice de l'excusabilité aux seules personnes physiques faillies – à l'exclusion des personnes morales faillies – et qui précisent les conséquences de l'excusabilité pour les cautions à titre gratuit de la personne faillie et pour les codébiteurs des dettes de celle-ci, ne violent-ils pas les articles 10 et 11 de la Constitution, en ce qu'ils ne permettent pas au conjoint d'une personne physique qui exerce une activité commerciale sous le couvert d'une personne morale déclarée en faillite dans des circonstances d'excusabilité d'être libéré de l'obligation qu'il a consentie pour permettre à la société de son conjoint de bénéficier de crédits – que cette obligation prenne la forme d'une caution à titre gratuit ou d'un engagement personnel qui fait de ce conjoint un codébiteur des dettes de la personne faillie, alors que le conjoint d'une personne qui exerce la même activité en tant que personne physique et qui a été déclarée faillie dans les mêmes circonstances d'excusabilité est automatiquement libérée de ses obligations – que celles-ci résultent d'une caution à titre gratuit ou d'un engagement personnel qui en fait un codébiteur des dettes de la personne faillie ? »

h. Par arrêt du 23 février 2004 en cause de P. Naudts contre la s.a. Fortis Banque, dont l'expédition est parvenue au greffe de la Cour d'arbitrage le 3 mars 2004, la Cour d'appel de Gand a posé la question préjudicielle suivante :

« Les articles 10 et 11 de la Constitution sont-ils violés par les articles 79, alinéa 2, et 80 à 82 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, modifiés ultérieurement, lus ou non en combinaison avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, en ce que la caution à titre gratuit d'une personne physique faillie qui peut être déclarée excusable est libérée de ses obligations en cas de déclaration d'excusabilité, alors que la caution à titre

gratuit d'une personne morale faillie qui ne peut être déclarée excusable ne peut jamais être libérée de ses engagements ? »

i. Par jugement du 17 mars 2004 en cause de la s.a. Fortis Banque contre la s.p.r.l. Profil à Net et autres, dont l'expédition est parvenue au greffe de la Cour d'arbitrage le 1er avril 2004, le Tribunal de commerce de Huy a posé la question préjudicielle suivante :

« Les articles 81, 1°, et 82, alinéa 1er, de la loi du 8 août 1997 sur les faillites tels que modifiés par les articles 28 et 29 de la loi du 4 septembre 2002 violent-ils les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'ils réservent aux seules personnes physiques l'excusabilité et partant décharge aux seules cautions des commerçants ayant exercé leur activité en personne physique, ne permettant dès lors pas à une personne physique qui s'est portée caution à titre gratuit d'une personne morale de bénéficier des effets de l'excusabilité (effacement de la dette et/ou décharge) ? »

Ces affaires, inscrites sous les numéros 2869, 2879, 2897, 2898, 2899, 2931, 2932, 2939 et 2965 du rôle de la Cour, ont été jointes.

Des mémoires ont été introduits par :

- la s.a. ING Belgique, dont le siège social est établi à 1050 Bruxelles, avenue Marnix 24;
- C. Noël et S. Bouchat, demeurant à 6870 Saint-Hubert, rue des Chasseurs Ardennais 5;
- P. Arets, demeurant à 1180 Bruxelles, Vieille rue du Moulin 133;
- la s.a. Fortis Banque, dont le siège social est établi à 1000 Bruxelles, Montagne du Parc 3;
- P. Duret, demeurant à 5620 Florennes, rue de Chaumont 2;
- E. André et J.-M. Vieilvoye, demeurant à 4670 Blégny, rue de la Waide 33;
- le Fonds de Participation, dont le siège est établi à 1000 Bruxelles, rue de Ligne 1;
- P. Naudts, demeurant à 9000 Gand, Sint- Jacobsnieuwstraat 20;
- le Conseil des ministres.

La s.a. ING Belgique, P. Arets, E. André et J.-M. Vieilvoye, P. Naudts et le Conseil des ministres ont introduit des mémoires en réponse.

A l'audience publique du 20 octobre 2004 :

- ont comparu :
- . Me P. Rosoux, avocat au barreau de Huy, pour la s.a. ING Belgique;

- . Me V. Dury, avocat au barreau de Neufchâteau, pour C. Noël et S. Bouchat;
- . Me S. Folie, avocat au barreau de Nivelles, *loco* Me R. André, avocat au barreau de Charleroi, pour P. Arets;
- . Me R. Thungen *loco* Me S. Van Ommeslaghe, avocats au barreau de Bruxelles, pour la s.a. Fortis Banque;
- . Me F. Culot *loco* Me P. Henry, avocats au barreau de Liège, pour E. André et J.-M. Vieilvoye;
- . Me G. Kaisin *loco* Me F. Dumont de Chassart, avocats au barreau de Bruxelles, pour le Fonds de Participation;
- . Me M. Vaessen, avocat au barreau de Bruxelles, *loco* Me I. Van Der Vorst, avocat au barreau de Gand, pour P. Naudts;
- . Me E. Jacobowitz *loco* Me D. Gérard et Me M. Mareschal, avocats au barreau de Bruxelles, pour le Conseil des ministres;
- les juges-rapporteurs E. De Groot et J.-P. Moerman 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 les procédures antérieures*

Affaire n° 2869

Les parties défenderesses devant le juge *a quo*, M. et Mme Franssen-Bohn, se sont rendues caution à titre gratuit de diverses obligations de la s.p.r.l. Franssen, dont le premier cité était également le gérant. La société a été déclarée faillie le 27 mai 2002 et la s.a. KBC Bank a alors mis les parties défenderesses en demeure en tant que cautions. Devant le juge *a quo*, celles-ci font valoir que, depuis la loi du 4 septembre 2002, une personne morale n'est plus excusable et qu'elles ne peuvent dès lors plus être déchargées de leurs obligations en tant que cautions d'une telle personne morale. Elles s'estiment de ce fait discriminées par rapport aux cautions d'une personne physique. Elles font concrètement référence « au gérant et à son conjoint qui ont protégé leur patrimoine privé par le biais d'une société et qui se trouveraient ainsi, en tant que cautions, dans une situation moins favorable que les cautions des personnes qui n'ont pas agi de la sorte ». Le juge *a quo* pose dès lors la question préjudicielle reproduite plus haut.

Affaire n° 2879

Dans l'instance principale, la s.a. ING Belgique cite en justice le curateur de la s.p.r.l. Etablissement Marc Lejeune, déclarée faillie le 16 avril 2002, et les personnes qui se sont rendues caution des obligations de la société précitée, à savoir M. Lejeune, gérant, M.-C. Bouchat, son épouse, C. Noël, son beau-frère et S. Bouchat, sa belle-sœur. Le juge *a quo* constate que C. Noël et S. Bouchat se sont rendus caution

à titre gratuit de la personne morale déclarée faillie et que le législateur n'a conféré au juge aucun pouvoir d'appréciation concernant une éventuelle décharge de ces cautions. Il pose dès lors la question préjudicielle reproduite plus haut.

Affaire n° 2897

P. Arets et P.-Y. Cabiaux sont assignés en justice par la s.a. Fortis Banque au titre de cautions pour certains engagements de la s.a. Phoenix Trans. Cette société, dont ils étaient également administrateurs, a été déclarée faillie le 20 décembre 1999. Ceux-ci objectant que l'article 82 de la loi sur les faillites, modifiée par la loi du 4 septembre 2002, viole les articles 10 et 11 de la Constitution, le juge *a quo* pose la question préjudicielle reproduite plus haut.

Affaire n° 2898

La s.a. Germar a été déclarée faillie. L'administrateur délégué de cette société, G. Mariscotti, qui s'était porté caution des engagements de cette société, et son épouse sont cités par la s.a. Fortis Banque. Avant de statuer, le juge *a quo* pose à la Cour la question préjudicielle reproduite plus haut.

Affaire n° 2899

Le 31 mars 2000, la « Federale Kas voor het Beroepskrediet » a consenti un crédit à la s.a. Sofiepro. A titre de garantie, il fut notamment convenu que les administrateurs délégués de la s.a. Sofiepro, P. Buyse et S. Buyse, se porteraient personnellement caution. La s.a. Sofiepro a été déclarée faillie par le Tribunal de commerce de Courtrai le 22 avril 2002. La « Federale Kas voor het Beroepskrediet » demande la condamnation de P. Buyse et S. Buyse au titre de cautions solidaires et indivisibles. Les défendeurs soulèvent la violation du principe d'égalité entre les personnes physiques qui se portent caution soit d'une personne physique, soit d'une personne morale. Après avoir analysé dans le détail l'article 82 de la loi sur les faillites, le juge *a quo* estime « n'apercevoir manifestement aucune violation du principe d'égalité dans le fait que des personnes physiques qui se sont rendues caution à titre gratuit d'une personne physique ont actuellement encore la possibilité d'être libérées de leur obligation sur la base de l'article 82 de la loi sur les faillites (plus précisément lorsque le débiteur principal est déclaré failli et est en outre déclaré excusable), alors que les personnes physiques qui se sont portées caution à titre gratuit d'une personne morale n'ont plus cette possibilité (parce qu'une personne morale ne peut plus être déclarée excusable). » Le Tribunal estime toutefois que la question doit être examinée notamment en tenant compte des effets de la loi du 4 septembre 2002 dans le temps et considère que, dans les travaux préparatoires, l'on ne trouve aucune justification au fait qu'il n'a pas été prévu de régime transitoire en faveur des personnes qui se sont portées caution à titre gratuit, avant la modification législative, pour les dettes d'une personne morale qui pouvait encore être déclarée excusable à ce moment, mais ne le peut plus depuis le 1er octobre 2002. Il pose dès lors la question préjudicielle reproduite plus haut.

Affaire n° 2931

Unique héritière de son père F. Duret, qui s'était porté caution des engagements de la s.p.r.l. K.D. Bois déclarée faillie le 12 octobre 1993, P. Duret est assignée par la s.a. Fortis Banque. Son père était en outre gérant de la société précitée. Devant le juge *a quo*, la partie défenderesse soulève le traitement inégal des cautions de personnes physiques et des cautions de personnes morales, en ce qui concerne les effets de l'excusabilité. Le juge *a quo* pose dès lors la question préjudicielle reproduite plus haut.

Affaire n° 2932

Le Fonds de participation demande la condamnation de E. André, gérant de la s.a. Montana Stone, et de J.-M. Vieilvoye, son épouse. Les deux défendeurs se sont portés caution des engagements de la société précitée,

laquelle a été déclarée faillie le 10 mars 2003. Le juge *a quo* considère que, par suite de l'article 82, alinéa 1er, de la loi sur les faillites, seule la caution de personnes physiques peut être libérée de ses engagements et que, par suite de l'alinéa 2 de cette disposition, seul le conjoint qui s'est personnellement obligé à la dette de la personne physique faillie est libéré de son obligation, que cette obligation ait la forme d'une caution à titre gratuit ou d'un engagement personnel qui fait de ce conjoint un codébiteur des dettes du failli, alors que tel n'est pas le cas du conjoint qui s'est porté caution de son conjoint qui exerce son activité commerciale sous le couvert d'une personne morale. Il pose dès lors les questions préjudicielles reproduites plus haut.

Affaire n° 2939

P. Naudts s'est porté caution à titre gratuit pour un crédit universel que la s.a. Fortis Banque a consenti à la s.p.r.l. Linea Italiana. Lorsque celle-ci a été déclarée faillie, la s.a. Fortis Banque a cité P. Naudts afin qu'il se conforme à ses engagements. Le Tribunal de première instance de Gand a statué, par jugement interlocutoire, sur un certain nombre de points litigieux. P. Naudts s'est pourvu en appel et demande au juge *a quo*, qui fait droit à cette demande, de poser une question préjudicielle concernant les articles 79, alinéa 2, et 80 à 82 de la loi sur les faillites, telle qu'elle a été modifiée par la loi du 4 septembre 2002.

Affaire n° 2965

La s.a. Fortis Banque demande la condamnation de P. Davignon et de L. Sente, qui se sont portés caution à titre gratuit des engagements de la s.p.r.l. Profil à net, déclarée faillie le 12 décembre 2001. Le juge *a quo* constate que, bien que les défendeurs fussent gérants de la société faillie, ils se sont portés caution à titre gratuit, et il pose la question préjudicielle reproduite plus haut.

III. *En droit*

- A -

Position du Conseil des ministres dans les affaires n^{os} 2869, 2879, 2897, 2898, 2931, 2932 et 2965

A.1.1. Le Conseil des ministres commence par exposer le cadre général de la loi sur les faillites du 8 août 1997, par laquelle le législateur cherchait à atteindre un équilibre entre, d'une part, l'humanisation des conséquences personnelles de la faillite et, d'autre part, la préservation de la bonne santé de l'économie. Il cite ensuite amplement l'arrêt de la Cour n° 69/2002 du 28 mars 2002 et commente la modification de la loi sur les faillites intervenue par la loi du 4 septembre 2002, qui a suivi cet arrêt. Se fondant sur les travaux préparatoires, il énumère les différentes raisons qui ont amené le législateur à exclure les personnes morales du bénéfice de l'excusabilité.

A.1.2. Selon le Conseil des ministres, la différence de traitement entre les personnes qui se portent caution à titre gratuit d'une personne physique qui exerce une activité commerciale et qui peut bénéficier de l'excusabilité dans le cadre de la législation sur les faillites, d'une part, et les personnes qui se portent caution à titre gratuit d'une personne morale qui exerce une activité commerciale et qui est exclue du bénéfice de l'excusabilité, d'autre part, découle exclusivement de l'article 81 de la loi sur les faillites, lequel exclut expressément les personnes morales de la déclaration d'excusabilité.

L'exclusion des personnes morales du bénéfice de l'excusabilité repose, selon le Conseil des ministres, sur un critère objectif et est pertinente par rapport au but du législateur, qui consiste à accorder au failli malheureux et de bonne foi une mesure de faveur qui lui permet de reprendre ses activités sur une base assainie, et ce, non seulement dans son intérêt, mais également dans l'intérêt de ses créanciers ou de certains d'entre eux. En effet, seules les personnes physiques déclarées faillies peuvent reprendre leurs activités grâce à la déclaration

d'excusabilité, alors que les personnes morales, parce qu'elles sont dissoutes après leur faillite et n'existent donc plus, se trouvent dans l'impossibilité de reprendre leurs activités après la clôture de la faillite.

La mesure ne peut pas davantage être considérée comme disproportionnée. Le Conseil des ministres examine les motifs qui ont amené le législateur à exclure les personnes morales de l'excusabilité. Premièrement, la notion d'« excusabilité » repose sur un élément moral, dès lors qu'elle tient à la bonne foi et au caractère malheureux du failli et qu'elle entend humaniser les effets d'une faillite. Il est donc logique de ne l'appliquer qu'aux personnes physiques. Il s'agit de déterminer dans quelle mesure la reprise des activités par le failli pourrait constituer ou non un danger sérieux pour les autres opérateurs économiques, d'une part, et de permettre au failli de contribuer à nouveau à la dynamique économique, d'autre part. Selon le Conseil des ministres, il ne peut être procédé à un tel examen pour une personne morale. Deuxièmement, le législateur a voulu éviter un commerce de sociétés déclarées excusables. Troisièmement, il a voulu prévenir les conflits entre le curateur et les actionnaires d'une société faillie. Enfin, la survie de sociétés faillies était de nature à entraîner d'inutiles litiges donnant lieu à des décisions contradictoires. L'objectif poursuivi est donc également la bonne administration de la justice. L'excusabilité des personnes morales entraînait une avalanche de procédures judiciaires superflues et une surcharge inutile des tribunaux, saisis de litiges concernant les dettes du failli à l'égard de l'Office national de sécurité sociale, lesquels étaient presque systématiques.

De toutes ces raisons, le Conseil des ministres déduit que l'exclusion des personnes morales de l'excusabilité n'est pas manifestement disproportionnée et tient au fait que les commerçants personnes physiques ne sont pas soumis au même régime juridique que les commerçants personnes morales. Si elles sont malheureuses et de bonne foi, les personnes physiques peuvent bénéficier de l'excusabilité et donc être libérées de leurs dettes. La faillite d'une personne morale implique la dissolution de la personne morale et la clôture immédiate de la liquidation. Les personnes morales faillies et les personnes physiques faillies sont donc soumises à un régime juridique distinct en fonction des différences fondamentales qui les caractérisent.

Il s'ensuit que les cautions des personnes physiques se trouvent dans une situation juridiquement différente par rapport aux cautions des personnes morales.

A.1.3. Selon le Conseil des ministres, il convient également de tenir compte du régime général du cautionnement tel qu'il est organisé par les articles 2011 à 2043 du Code civil. Le cautionnement a pour objet de constituer une sûreté personnelle au profit d'un créancier et concerne un second débiteur qui s'engage à côté du premier relativement à la même dette. L'idée fondamentale de la caution est de garantir à un créancier qu'il sera payé indépendamment de l'insolvabilité du débiteur principal. Bien que la doctrine soit partagée, le Conseil des ministres estime que le cautionnement, même s'il est un contrat unilatéral, n'est pas nécessairement un contrat à titre gratuit. Il arrive d'ailleurs fréquemment, en matière commerciale, que la caution ait un intérêt, direct ou indirect, à l'obligation garantie. Le Conseil des ministres souligne que l'article 82 de la loi sur les faillites entendait libérer la caution de bienfaisance. Il estime que des personnes comme les gérants, les actionnaires et les administrateurs d'une société qui se portent caution de cette société ne peuvent être considérées comme caution à titre gratuit, étant donné que la société les rémunère d'une manière ou d'une autre. Il en va de même des conjoints de ces personnes, dont le revenu est important pour le ménage.

Le Conseil des ministres se penche ensuite sur les caractéristiques principales du cautionnement et plus précisément sur l'article 2036 du Code civil, en vertu duquel la caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal et qui sont inhérentes à la dette, sauf les exceptions qui sont purement personnelles au débiteur. A cet égard, le Conseil des ministres estime que la faillite d'une personne morale, étant donné qu'elle conduit à la dissolution de cette dernière, doit être assimilée au décès d'une personne et doit donc être considérée comme une exception strictement personnelle au débiteur. La caution n'est dès lors pas en droit d'opposer, en vue de se libérer de sa dette, le décès du débiteur principal, étant donné que cette exception est strictement personnelle à ce dernier. Par contre, l'excusabilité peut, selon le Conseil des ministres, être considérée comme une exception inhérente à la dette, dès lors qu'un tribunal a libéré le débiteur principal de son obligation envers son créancier, de sorte que la caution est libre d'opposer cette exception au créancier qui réclame le paiement de la dette. Le Conseil des ministres en conclut qu'il est légitime que le créancier d'une société faillie puisse, nonobstant le décès du débiteur principal, demander le paiement de la dette.

Enfin, le Conseil des ministres analyse les règles qui régissent les rapports entre la caution et le débiteur principal et il évoque les possibilités dont dispose la caution pour obtenir le remboursement de la part de ce dernier. Le Conseil des ministres en déduit que la dissolution de la personne morale faillie ne prive pas la caution de son recours à l'égard du débiteur principal.

A.1.4. Si la caution d'une personne morale pouvait être déchargée de ses obligations envers les créanciers de la société faillie dissoute, le Conseil des ministres craint que cela vide de toute substance l'institution même du cautionnement. Libérer la caution de ses obligations envers le créancier aboutirait, en matière commerciale, à vider l'institution de sa raison d'être et à la faire disparaître de la vie des affaires. Le Conseil des ministres fait observer que, si le législateur a voulu humaniser les conséquences de la faillite, l'intérêt général économique reste également un de ses objectifs. Il ne pourrait dès lors être envisagé, selon le Conseil des ministres, de décharger toutes les cautions des personnes morales dissoutes à la suite d'une déclaration de faillite, parce que le secteur économique perdrait ainsi un type de sûreté particulièrement fréquemment utilisé dans les échanges économiques et commerciaux. Le Conseil des ministres conclut qu'en tant qu'il a pour effet que les cautions des personnes morales ne peuvent être déclarées excusables, l'article 81 de la loi sur les faillites constitue une mesure pertinente et raisonnable, qui n'a aucune conséquence disproportionnée par rapport à l'objectif du législateur.

A.1.5. Le Conseil des ministres estime enfin que l'article 82 de la loi sur les faillites, en ce qu'il dispose que l'excusabilité ne décharge que les personnes physiques qui se sont rendues caution à titre gratuit d'une obligation d'un failli, ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution. Selon le Conseil des ministres, le législateur a ainsi voulu, d'une part, donner suite à l'arrêt de la Cour n° 69/2002 du 28 mars 2002 et, d'autre part, préserver l'esprit d'entreprise. La libération automatique de toutes les cautions d'un failli déclaré excusable viderait de sa substance la figure juridique du cautionnement et la ferait disparaître de la vie économique. Le législateur a dès lors très justement considéré que les cautions professionnelles et institutionnelles ne pouvaient bénéficier des effets de l'excusabilité. Le Conseil des ministres rappelle enfin qu'une caution qui ne peut payer ses dettes peut recourir à la procédure du règlement collectif de dettes.

A.1.6. Dans son mémoire en réponse dans les affaires n°s 2879, 2897, 2898, 2931 et 2932, le Conseil des ministres fait valoir que, s'agissant de l'exclusion des personnes morales du bénéfice de l'excusabilité, le critère de distinction est objectif, étant donné qu'il repose sur la qualité de commerçant personne physique. Le critère est en outre pertinent, parce que seules les personnes physiques ont intérêt à un nouveau départ, dès lors que les personnes morales, vu qu'elles sont dissoutes après la faillite, cessent d'exister. En outre, l'objectif du législateur, qui est d'accorder une faveur à un débiteur qui, malgré sa faillite, pourrait encore être un partenaire commercial fiable, est légitime et le législateur a, compte tenu des intérêts combinés du failli lui-même, des créanciers, des travailleurs et de l'économie dans son ensemble, voulu assurer un règlement humain qui respecte les droits de toutes les parties intéressées. Le Conseil des ministres estime enfin que la mesure n'est pas disproportionnée et il rappelle encore les raisons qui ont amené le législateur à exclure les personnes morales de l'excusabilité.

Le Conseil des ministres rejette fondamentalement la thèse selon laquelle les gérants de petites sociétés familiales se trouveraient en réalité dans la même situation que le commerçant-personne physique qui n'est pas déclaré excusable. Il souligne que ces personnes ont choisi d'exercer leur activité sous la forme d'une personne morale disposant de son patrimoine propre, distinct de leur patrimoine privé, qui est donc mis à l'abri des créanciers de la société. Si ces personnes souhaitent néanmoins se porter caution de leur société, elles font elles-mêmes le choix de renoncer à cet avantage et de tenir leur patrimoine privé à la disposition de leurs créanciers. Si le législateur autorisait que les cautions d'une personne morale déclarée faillie puissent être déchargées, il nierait la personnalité juridique propre de la personne morale et viderait de sa substance la figure juridique de la caution. Il priverait ainsi les créanciers d'une sûreté essentielle et méconnaîtrait donc son propre objectif consistant à trouver un équilibre entre les différents intérêts.

Le Conseil des ministres conteste que la situation des cautions d'une personne morale ne soit pas différente de celle des cautions d'une personne physique et il rappelle que l'objectif du législateur était de libérer la caution de bienfaisance, qui ne poursuivait aucun but de lucre. Selon lui, la caution d'une personne morale ne peut être considérée comme une caution de bienfaisance. En effet, les gérants, les administrateurs et les actionnaires qui se portent caution de leur société auront toujours un intérêt au crédit consenti, étant donné que la société leur

procure un revenu, sous quelque forme que ce soit. Il en va de même des conjoints de ces personnes : ils ont également intérêt à ce que la société prospère.

Position de la s.a. Fortis Banque dans les affaires n^{os} 2897, 2898, 2931 et 2965

A.2.1. La s.a. Fortis Banque commence par exposer les faits des instances principales et les procédures antérieures. S'agissant de la première question préjudicielle dans l'affaire n° 2897, elle estime que celle-ci repose sur une hypothèse erronée, étant donné que l'excusabilité est une mesure de faveur accordée uniquement au failli malheureux et de bonne foi, alors que la caution ne peut bénéficier que des effets de l'excusabilité, dans la mesure où il s'agit d'une caution à titre gratuit. Contrairement à ce que laisse paraître la question préjudicielle, la caution ne peut pas bénéficier elle-même de l'excusabilité : la personne qui s'est portée caution à titre gratuit des engagements du failli est libérée de ses obligations parce que l'excusabilité éteint les dettes du failli.

A.2.2. Après une analyse détaillée de la genèse de la loi, des travaux préparatoires, de la doctrine et de la jurisprudence concernant les dispositions litigieuses, la s.a. Fortis Banque estime que le législateur a exclu les personnes morales du régime de l'excusabilité sur la base de critères objectifs et raisonnables, tenant au fait que les préoccupations morales qui fondent l'excusabilité ne sont pas applicables à des personnes morales qui sont immédiatement dissoutes après la décision de clôture des opérations de la faillite. Étant donné qu'une personne morale faillie n'a ainsi aucune perspective de redémarrage, il est raisonnablement justifié de l'exclure de la mesure de l'excusabilité, eu égard à l'objectif poursuivi par le législateur, qui est d'humaniser les effets de la faillite et de maintenir en activité, dans l'intérêt général, un partenaire commercial fiable.

A.2.3. S'agissant de la situation des cautions, la s.a. Fortis Banque souligne que, depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 16 novembre 2001, il est clair que l'excusabilité, prise au sens de la loi sur les faillites de 1997, constitue une exception purement personnelle au failli et qu'elle ne peut dès lors être invoquée par la caution. Par la loi du 4 septembre 2002, le législateur a voulu remédier à cette situation et donner à certaines cautions une protection similaire à celle dont bénéficie le failli déclaré excusable. Selon elle, il ressort très clairement des travaux préparatoires que le législateur visait uniquement les cautions de bienfaisance, c'est-à-dire les personnes qui se sont portées caution sans but de lucre et qui n'en ont retiré aucun avantage financier, ni directement ni indirectement. Elle relève qu'initialement, le projet de loi ne prévoyait pas d'automatisme, mais laissait au tribunal une large marge d'appréciation pour tenir compte de la situation personnelle de la caution, et ce, parce que l'on ne souhaitait pas, de manière générale, priver le cautionnement de toute utilité économique. Par la suite, du fait que l'excusabilité était considérée comme un droit pour le failli, l'on a néanmoins opté pour une décharge automatique de la caution du failli déclaré excusable.

Selon la s.a. Fortis Banque, la personne morale faillie, qui est par définition exclue de l'excusabilité, et sa caution se trouvent dans une situation qui diffère totalement de celle d'une personne physique et de sa caution, si bien qu'il est raisonnablement justifié de traiter différemment les deux types de caution. En effet, la caution d'une personne morale ne peut, selon elle, être considérée comme caution de bienfaisance, ainsi que l'entend le législateur. Bien souvent, la caution est le fondateur, l'actionnaire ou le gérant d'une société. L'on peut malaisément soutenir que ces personnes se portent caution « à titre gratuit » au sens où l'entend le législateur, étant donné qu'elles poursuivent bien souvent un but de lucre. Par la création de la personne morale, les fondateurs choisissent de séparer leur patrimoine personnel de celui de la personne morale et donc de le mettre à l'abri des créanciers de cette personne morale. En se portant ensuite caution de leur personne morale, ils souhaitent souvent un meilleur crédit pour leur entreprise, ce dont ils bénéficient aussi. Ils ne se trouvent donc pas dans la situation visée dans les travaux préparatoires, à savoir la famille proche du failli, qui n'a aucun rapport avec l'activité commerciale et qui se porte caution sans bien connaître la portée de cet engagement, pour permettre au commerçant de démarrer son commerce. La s.a. Fortis Banque conclut que la caution d'une personne physique et celle d'une personne morale se trouvent donc dans une situation objectivement différente, qui justifie leur traitement distinct.

Selon elle, la mesure litigieuse est également proportionnée à l'objectif du législateur, qui est d'humaniser les effets de la faillite pour ces personnes qui se sont portées caution à titre gratuit en tant que famille proche du commerçant, le législateur souhaitant néanmoins maintenir un équilibre entre les intérêts des créanciers, du débiteur et de la caution. Selon elle, la situation dans laquelle une personne se porte caution à titre gratuit et sans

le moindre intérêt en faveur d'une société commerciale est exceptionnelle. Si les questions préjudicielles recevaient une réponse affirmative et que l'on admettait que des personnes qui se portent caution pour une société et qui en retirent elles-mêmes un avantage peuvent bénéficier des effets de l'excusabilité, l'équilibre entre les divers intérêts que le législateur a justement voulu conserver s'en trouverait rompu. Elle ajoute que non seulement les dispositions du Code civil contiennent déjà une série de mesures qui protègent la caution, mais qu'en outre, ces cautions peuvent également bénéficier de la loi sur le règlement collectif de dettes, contrairement aux déclarations faites par le ministre au cours des travaux préparatoires.

Dans l'affaire n° 2879

A.3.1. La s.a. ING Belgique estime que la question préjudicielle porte en réalité sur la différence de traitement entre les personnes physiques et les personnes morales pour ce qui est de l'excusabilité et de ses effets en termes de décharge de la caution. Elle cite les travaux préparatoires et expose les raisons pour lesquelles le législateur a exclu les personnes morales de l'excusabilité. Ces motifs étant justifiés, il ne saurait être question, à son estime, d'un quelconque traitement inégal.

A.3.2. Dans son mémoire en réponse, la s.a. ING Belgique déclare se rallier entièrement au mémoire du Conseil des ministres. Elle souligne que le législateur, en adoptant la loi du 4 septembre 2002, visait la situation des parents retraités qui se sont portés caution à titre gratuit pour leur enfant, déclaré failli. Les parents seraient ainsi ruinés, alors que l'enfant, en cas d'excusabilité, pourrait prendre un nouveau départ. Selon elle, une telle situation ne peut se produire en cas de faillite d'une personne morale. En effet, alors que, dans le cas d'un commerçant personne physique, c'est la totalité de son patrimoine qui est mise en danger et non seulement la partie qu'il a investie dans son commerce, une personne morale ne dispose que d'un patrimoine limité. Lors de la clôture de la faillite, la personne morale disparaît aussi. La caution d'une personne morale ne risque donc pas de se retrouver face à une société florissante dont les dettes antérieures auraient été éteintes. Les cautions de personnes physiques et celles de personnes morales ne se trouvent donc pas dans la même situation.

La s.a. ING Belgique affirme ensuite que les dispositions litigieuses rendent possibles encore d'autres différences de traitement, telle, par exemple, celle réservée aux cautions à titre gratuit d'un failli déclaré excusable par rapport aux cautions de faillis déclarés inexcusables. Le législateur a toutefois compris que l'instrument de la caution devait être maintenu en tant que sûreté. Selon la s.a. ING Belgique, étendre la mesure contenue à l'article 82 de la loi sur les faillites à la caution à titre gratuit de la personne morale viderait de sa substance l'institution du cautionnement. Il convient toutefois, selon elle, de mettre en balance les intérêts en cause. A supposer qu'il soit décidé que la disposition litigieuse est discriminatoire, la figure juridique du cautionnement perdrait toute substance. Selon elle, les banques risquent de ne plus accepter de cautions à titre gratuit. Un failli déclaré excusable ne disposera cependant pas des moyens nécessaires pour payer une caution et risque de ne pas pouvoir redémarrer. Il y a aussi de fortes chances que les banques se tournent vers d'autres types de garanties, comme l'hypothèque, qui, eu égard à la situation du failli, seront nécessairement procurées par des tiers. Ceux-ci pourraient alors s'estimer discriminés par rapport aux cautions qui peuvent, quant à elles, bénéficier des effets de l'excusabilité. La s.a. ING Belgique souligne que les sûretés n'ont pas été créées au profit des créanciers mais dans l'intérêt du débiteur, et notamment pour lui permettre d'obtenir le crédit nécessaire. Elle souligne qu'il faut se garder de perturber l'économie et d'affaiblir le secteur du crédit en modifiant les règles au cours du jeu.

A.4. C. Noël et S. Bouchat commencent par retracer la genèse des dispositions litigieuses. Ils en déduisent que, s'agissant des personnes physiques, le législateur a bien voulu conserver le cautionnement en tant que sûreté, mais qu'il entendait aussi humaniser les conséquences d'une faillite pour les cautions. S'agissant des personnes morales, le législateur a, en revanche, supprimé la possibilité de l'excusabilité pour des raisons purement économiques, sans avoir égard au sort des cautions de ces personnes morales. Ils estiment que la volonté du législateur d'humaniser les conséquences de la faillite devrait s'étendre aux cautions des personnes morales. Selon eux, rien ne justifie la différence de traitement entre les cautions de personnes physiques et celles de personnes morales, qui se trouvent dans la même situation. Les dispositions litigieuses ont néanmoins pour effet que les cautions des personnes physiques qui sont déclarées excusables sont libérées de leurs obligations, alors que les cautions de personnes morales ne peuvent en aucun cas être déchargées. Ils estiment qu'une telle

différence de traitement se justifie d'autant moins que le juge ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation : il ne peut prendre en compte les circonstances de la faillite, ni les rapports entre la personne morale et les cautions, ni aucun autre élément. Le caractère absolu de l'impossibilité d'excusabilité des personnes morales a, selon eux, des conséquences extrêmement lourdes pour les cautions. Ils concluent que les articles 81 et 82 de la loi sur les faillites violent les articles 10 et 11 de la Constitution.

Dans l'affaire n° 2897

A.5.1. P. Arets analyse d'abord la notion d'excusabilité dans la loi sur les faillites de 1997, ses effets pour la caution et l'évolution de la jurisprudence. Il se réfère à l'arrêt de la Cour n° 69/2002 du 28 mars 2002 et à la loi du 4 septembre 2002 qui y a fait suite. Selon lui, l'article 81 de la loi sur les faillites établit une discrimination entre une personne physique et une personne morale, en privant cette dernière de la possibilité de bénéficier de l'excusabilité. Les critères « malheureux » et « de bonne foi » sont tout autant applicables à une personne morale. Il ne comprend pas davantage pourquoi le législateur établit une distinction, au sein de la catégorie des cautions, entre celles qui se portent caution d'une personne physique et celles qui se portent caution d'une personne morale. Selon lui, une caution reste toujours une caution et il ne peut être fait de distinction en fonction de la qualité du débiteur principal. Il souligne que la distinction qui est établie est artificielle, vu que de nombreux commerçants exercent leurs activités sous le couvert d'une société familiale et que, dans ces cas-là, c'est bien souvent le conjoint qui se porte caution à titre gratuit, tout comme dans le cas du commerçant-personne physique. Selon lui, c'est plutôt le caractère de l'engagement de la caution (à titre gratuit ou non) qui importe pour vérifier si les effets de l'excusabilité peuvent s'étendre à la caution, et non la circonstance que le débiteur principal est une personne physique ou une personne morale.

A.5.2. Dans son mémoire en réponse, il marque son désaccord quant à la mise en garde adressée par la s.a. Fortis Banque, selon laquelle une réponse affirmative à la question préjudicielle ferait peser un risque sur l'offre de crédit, étant donné que les banques pourraient être amenées à ne plus consentir de crédit aux personnes qui ne disposent pas de garanties suffisantes. Selon lui, dans la pratique, les dispensateurs de crédit se désintéressent depuis longtemps du cautionnement, mais optent plutôt pour la qualité de codébiteur. L'effet néfaste pour le secteur du crédit est dès lors limité. Il rappelle qu'il est injuste et disproportionné d'exclure a priori les personnes morales du bénéfice de l'excusabilité et de ne pas permettre au tribunal de se prononcer à ce sujet, eu égard aux conséquences de cette mesure pour la caution. Le juge devrait être autorisé à examiner si la personne qui se porte caution d'une personne morale le fait par bienfaisance. La qualité du débiteur principal, personne physique ou personne morale, est sans importance à cet égard.

Dans l'affaire n° 2899

A.6. Selon le Conseil des ministres, il résulte des attendus du jugement *a quo* que la question vise à savoir si l'absence d'un régime transitoire pourrait avoir pour effet que l'article 82 de la loi sur les faillites viole les articles 10 et 11 de la Constitution. Ni le caractère discriminatoire ou non de l'exclusion des personnes morales de l'excusabilité, ni l'incidence de la législation litigieuse sur les contrats en cours ne sont donc en cause en l'espèce. Le Conseil des ministres n'aperçoit toutefois pas pourquoi l'absence d'une disposition transitoire devrait, en l'espèce, être considérée comme discriminatoire. En effet, les citoyens ne peuvent invoquer une atteinte quelconque à leur confiance légitime dans une législation inchangée. Non seulement, cela rendrait impossible toute modification législative, mais surtout il est rapidement apparu, en l'espèce, que la figure juridique de l'excusabilité serait modifiée, eu égard à la discussion dont elle faisait l'objet dans la doctrine et la jurisprudence. Le Conseil des ministres observe que rien ne pouvait garantir aux intéressés qu'ils pourraient toujours invoquer l'excusabilité de la personne morale déclarée faillie, de sorte qu'ils ne pouvaient raisonnablement partir du principe que cette mesure continuerait de jouer en leur faveur. La circonstance qu'ils se trouvent, au cours d'une procédure pendante, dans une situation moins favorable qu'initialement, ne constitue pas non plus un motif suffisant pour conclure à une violation de ces principes. Selon le Conseil des ministres, il appartient dès lors aux intéressés de démontrer que les nouvelles dispositions de la loi du 4 septembre 2002 sont, par elles-mêmes, contraires aux articles 10 et 11 de la Constitution, pour pouvoir prouver que l'absence d'un régime transitoire pourrait également violer ces dispositions. Le juge *a quo*, en appliquant la théorie de l'acte clair, a toutefois rejeté cette hypothèse.

Dans l'affaire n° 2931

A.7. P. Duret déduit d'une analyse des travaux préparatoires de la loi du 4 septembre 2002 que ceux-ci ne motivent pas clairement l'exclusion des personnes morales du bénéfice de l'excusabilité. A aucun moment cette exclusion n'a été examinée à la lumière des articles 10 et 11 de la Constitution. Les conséquences de cette exclusion pour les personnes physiques qui se sont portées caution d'une personne morale n'ont pas davantage été examinées.

Bien qu'elle admette que la situation d'une personne physique et celle d'une personne morale sont différentes, elle estime que cette différence ne peut pas justifier l'exclusion absolue et inconditionnelle de la personne morale du bénéfice de l'excusabilité. Elle souligne que la majorité des faillites concernent de petites entreprises et que les petites sociétés de personnes sont généralement gérées de la même manière que les entreprises qui n'ont pas la forme d'une personne morale. Les deux se trouvent souvent dans une situation similaire et une faillite est, dans les deux cas, désastreuse pour la famille du failli, l'épouse s'étant bien souvent rendue caution, et ce, tant pour le commerçant personne physique que pour la personne morale. Elle estime que le législateur aurait, certes, pu prévoir d'autres conditions pour l'octroi de l'excusabilité à la personne morale et qu'il aurait, par exemple, pu supprimer l'automatisme de l'excusabilité, tel qu'il existe pour les personnes physiques. De même, la charge de la preuve aurait pu être renversée et l'on aurait pu demander à l'administrateur de prouver qu'il n'y avait aucune fraude. L'on aurait pu laisser un large pouvoir d'appréciation au tribunal. Selon elle, la discrimination découle du fait qu'une personne morale ne peut jamais être déclarée excusable, de sorte que la caution à titre gratuit de cette personne morale ne peut jamais être libérée de ses obligations. Elle estime dès lors que la disposition litigieuse est disproportionnée et que des mesures moins excessives étaient possibles. Le législateur s'est uniquement soucié du volet économique du problème de la faillite des personnes morales, sans s'inquiéter du sort des cautions de ces personnes morales.

Dans l'affaire n° 2932

A.8. Le Fonds de participation critique tout d'abord la formulation de la question préjudicielle. Selon lui, le traitement distinct, évoqué dans la première question, entre les cautions des personnes physiques et celles des personnes morales est justifié par la différence qui existe entre une personne physique qui, à l'issue d'une faillite, peut redémarrer ses activités, et une personne morale, qui est dissoute après la faillite et n'est donc plus à même de redémarrer ses activités. La seconde question préjudicielle est imprécise, en tant que les termes « la société de son époux » ne sont juridiquement pas corrects.

Le Fonds de participation rappelle que, dans la loi du 4 septembre 2002, le législateur a très clairement voulu établir une distinction, concernant la possibilité d'excusabilité, entre les personnes physiques et les personnes morales. Cela tient au fait qu'une personne morale, contrairement à une personne physique, est dissoute après la faillite et ne peut donc redémarrer ses activités, de sorte que la philosophie de base de l'excusabilité ne saurait s'appliquer à une personne morale. En effet, l'excusabilité est, pour le failli, une mesure de faveur qui lui permet de reprendre ses activités sur une base assainie, et ce, non seulement dans son intérêt mais également dans l'intérêt de ses créanciers, qui peuvent avoir intérêt à ce que leur débiteur reprenne ses activités, la poursuite d'une activité commerciale pouvant de surcroît servir l'intérêt général. L'objectif n'est donc pas la mise à l'abri du patrimoine privé de la caution. Interprétée en ce sens, la question préjudicielle mettrait en cause la figure juridique du cautionnement lui-même et les conditions d'obtention d'un crédit. Le Fonds de participation conclut que la distinction entre une personne physique et une personne morale se justifie pleinement, eu égard à la finalité de l'excusabilité, c'est-à-dire une mesure de faveur visant à maintenir une activité commerciale ou industrielle. A cet égard, l'on ne peut perdre de vue qu'une personne physique répond sur la totalité de son patrimoine, alors qu'une personne morale ne dispose que d'un patrimoine limité et distinct. En juger autrement reviendrait à nier la personnalité juridique distincte de la personne morale, et ce au profit des intérêts patrimoniaux, fiscaux et sociaux des fondateurs, actionnaires ou administrateurs d'une société, en leur permettant de mettre à l'abri leur patrimoine propre.

A.9.1. E. André et J.-M. Vieilvoye commencent par retracer la genèse des dispositions litigieuses. Ils estiment que les personnes physiques qui se portent caution d'une personne morale et celles qui se portent caution d'une personne physique se trouvent dans une situation comparable. Tel est aussi le cas de l'épouse qui se rend caution de la société de son mari et de l'épouse qui se rend caution des dettes de son conjoint. Ils font référence à divers travaux de doctrine et estiment que les traitements distincts, évoqués dans les questions préjudicielles, qui sont réservés aux cautions à titre gratuit sont injustifiés. Selon eux, le législateur n'a pas aperçu qu'en pratique, il n'existe aucune différence entre la caution de petites sociétés de personnes et celle d'un commerçant personne physique, eu égard à l'objectif de l'excusabilité, qui est d'accorder une mesure de faveur au failli, lui permettant de reprendre ses activités sur une base assainie. Ceci vaut d'autant plus pour la caution, puisque le législateur a également voulu éviter que les effets de la faillite soient supportés par des tiers malheureux, étrangers à l'activité commerciale du failli.

Le même raisonnement doit être tenu en ce qui concerne le conjoint d'un commerçant qui exerce son activité sous le couvert d'une personne morale. De surcroît, la mesure litigieuse est incohérente, puisque le conjoint, en tant que caution d'une société, ne pourra jamais être déchargé, alors qu'en créant une société, son conjoint entendait précisément protéger son patrimoine privé. Les questions préjudicielles appellent donc une réponse affirmative.

A.9.2. Dans leur mémoire en réponse, E. André et J.-M. Vieilvoye contestent la position du Conseil des ministres selon laquelle l'excusabilité d'une personne morale est vaine, au motif que l'on peut malaisément attribuer des qualités morales à une personne morale. Ils citent à cet égard les articles 1244 et 1646 du Code civil, qui, selon eux, en vertu de la jurisprudence, sont également appliqués aux personnes morales malheureuses et de bonne foi. Ils observent que la crainte du législateur de voir se développer un commerce de sociétés déclarées excusables peut facilement être dissipée en prévoyant que la faillite dissout la société. Ils estiment enfin ne pouvoir admettre la thèse du Conseil des ministres selon laquelle le cautionnement serait vidé de sa substance s'il était admis que les cautions d'une personne morale peuvent elles aussi être déchargées. En effet, cet argument n'a pas empêché le législateur de libérer les cautions des personnes physiques de leurs obligations. Ils trouvent que la distinction entre les exceptions inhérentes à la dette, comme l'excusabilité, et les exceptions inhérentes au débiteur, comme la dissolution, n'est pas pertinente dans le cadre des questions préjudicielles présentement soumises à la Cour.

Dans l'affaire n° 2939

A.10. P. Naudts souligne qu'il n'était pas actionnaire ou gérant de la société faillie concernée, mais seulement caution à titre gratuit. La circonstance qu'il n'est pas libéré des engagements liés à son cautionnement à titre gratuit tient, selon lui, uniquement au fait que le failli n'est pas une personne physique mais une personne morale et ne peut donc être déclaré excusable. Il est établi que des motifs humanitaires ont incité le législateur à décharger la caution de la personne physique déclarée excusable. Il estime que ces motifs humanitaires doivent également valoir lorsqu'une personne physique se porte caution d'une personne morale faillie. La circonstance que les personnes morales, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 4 septembre 2002, cessent d'exister à l'issue de la liquidation ne justifie pas, selon lui, le traitement distinct. Il affirme devoir subir, en tant que caution à titre gratuit d'une personne morale, une restriction disproportionnée de ses droits et un alourdissement démesuré de ses obligations, en comparaison de la caution à titre gratuit d'une personne physique.

A.11. Le Conseil des ministres affirme que la justification fondamentale du fait que les personnes morales, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 4 septembre 2002, ne peuvent plus être déclarées excusables réside dans le fait qu'une société cesse d'exister à l'issue de la liquidation. Le législateur a, sciemment et volontairement, voulu instaurer un nouveau régime juridique, dans lequel la clôture des opérations de la faillite de toute personne morale implique désormais la dissolution de la personne morale, alors que, sous le régime antérieur, une telle dissolution était réservée à la personne morale déclarée inexcusable. Eu égard à la logique propre à l'excusabilité, qui consiste à offrir une nouvelle chance au failli, il est objectivement et raisonnablement justifié de ne plus donner cette « nouvelle chance » à une personne qui a cessé d'exister. Il ne saurait pas non plus être contesté qu'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé.

- B -

B.1.1. Dans toutes les affaires jointes, à l'exception de la deuxième question préjudicielle dans l'affaire n° 2932, la Cour voit soumise à son contrôle la différence de traitement entre les cautions à titre gratuit d'une personne physique faillie, qui peut être déclarée excusable, et celles d'une personne morale faillie, qui ne peut être déclarée excusable : alors que la première catégorie de personnes peut être libérée de ses obligations en cas de déclaration d'excusabilité, la deuxième catégorie de personnes ne peut jamais être libérée de ses engagements.

B.1.2. Bien que les termes de la deuxième question préjudicielle dans l'affaire n° 2932 donnent l'impression qu'elle concerne la situation du conjoint d'un failli et, partant, l'article 82, alinéa 2, de la loi sur les faillites, en ce que seul le conjoint d'une personne physique faillie est libéré de ses obligations par suite de l'excusabilité, alors que ce n'est pas le cas du conjoint d'une personne qui exploite son commerce sous le couvert d'une personne morale, les faits du dossier et les pièces de la procédure dans l'instance principale font apparaître que la question porte en réalité sur la situation d'une personne qui a créé une société avec son conjoint et s'est, à cette fin, portée caution avec lui. Par ces motifs, il y a lieu de constater que les termes de la question non seulement ne sont pas corrects du point de vue juridique, comme l'observe à juste titre le Fonds de participation, mais qu'ils sont, de surcroît, en contradiction avec les faits du dossier et que c'est en réalité la situation de la caution d'une personne morale faillie qui est visée. C'est donc la même différence de traitement que celle visée au B.1.1 qui est soumise à la Cour.

B.1.3. Bien que les questions préjudicielles portent aussi bien sur l'article 79, alinéa 2, que sur les articles 80 à 82 de la loi sur les faillites, tels qu'ils ont été modifiés par la loi du 4 septembre 2002, il ressort de la formulation des questions et de la motivation des décisions de renvoi que seuls les articles 81, 1°, et 82, alinéa 1er, sont en réalité visés. La Cour, qui doit déterminer la portée des questions préjudicielles en fonction des éléments contenus dans les décisions de renvoi, limite par conséquent son examen à ces dispositions.

B.1.4. L'article 81, 1°, de la loi du 18 août 1997 sur les faillites, remplacé par l'article 28 de la loi du 4 septembre 2002, énonce :

« Ne peuvent être déclarés excusables :

1° la personnes morale faillie; ».

L'article 82, alinéa 1er, de la même loi, remplacé par l'article 29 de la loi du 4 septembre 2002, porte :

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

B.2. Dans l'arrêt n° 114/2004 du 30 juin 2004, la Cour a annulé les articles 81, 1°, 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, et a maintenu les effets des dispositions annulées jusqu'à l'entrée en vigueur de nouvelles dispositions et au plus tard jusqu'au 31 juillet 2005.

Dans cet arrêt, la Cour a considéré que :

« 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°, 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 incompetentes 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, dégagée 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.

[...]. »

B.3. Par le même arrêt, la Cour a maintenu les effets des dispositions annulées jusqu'à l'entrée en vigueur de nouvelles dispositions et au plus tard jusqu'au 31 juillet 2005, de sorte que les questions préjudicielles n'appellent pas de réponse.

Par ces motifs,

la Cour

dit pour droit :

les questions préjudicielles n'appellent pas de réponse.

Ainsi prononcé en langue néerlandaise et en langue française, conformément à l'article 65 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, à l'audience publique du 12 janvier 2005.

Le greffier,

Le président,

L. Potoms

A. Arts