

Les époux devant l'insolvabilité : quelle (in)sécurité juridique ?

Erik VAN DEN HAUTE

Professeur à l'Université Libre de Bruxelles
Avocat (Pestalozzi Lachenal Patry)

L'article 7 de la loi hypothécaire belge¹ reprend le texte de l'ancien article 2092 du Code civil (ci-après « C.civ. ») et consacre le principe de la sujétion uniforme en disposant que « quiconque est obligé personnellement est tenu de remplir ses engagements sur tous ses biens mobiliers ou immobiliers, présents ou à venir ». L'article 8 (ancien article 2093 C.civ.) précise également que « les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers ». Ces dispositions fondamentales rappellent en des termes simples un des fondements du droit des obligations et du droit patrimonial.

Le principe implique notamment que le débiteur ne peut, sauf exception, mettre une partie de son patrimoine à l'abri des recours dont disposent ses créanciers et consacre ainsi la notion de patrimoine en tant qu'universalité de droit².

Le principe de sujétion uniforme est toutefois insuffisant pour prémunir les créanciers contre l'insolvabilité du débiteur, et ce, pour une double raison : d'une part, les créanciers doivent suivre la foi du débiteur puisque leur recours ne portera que sur les biens présents dans le patrimoine au moment de l'exécution forcée (et non de la conclusion du contrat) et d'autre part, les créanciers sont rarement seuls et sont susceptibles d'entrer en concours avec d'autres créanciers. Le Code civil a prévu différents remèdes pour protéger davantage les créanciers contre l'un et l'autre de ces risques³.

¹ *Loi du 16 décembre 1851*, M.B. 22 déc. 1851.

² Cass. 6 nov. 1970, *Pas.* 1971.I.200.

³ Pour protéger les créanciers contre les débiteurs négligents ou inactifs, la loi prévoit diverses mesures conservatoires (apposition de scellés, inventaire, désignation de

S'agissant des époux, certaines dispositions légales renforcent le principe de sujétion uniforme en consacrant une sorte de perméabilité du patrimoine, permettant aux créanciers de l'un des époux d'agir également sur le patrimoine de l'autre époux. De tels mécanismes, résultant de la volonté du législateur d'éviter que le choix du régime matrimonial soit source d'insécurité juridique dans les rapports obligataires avec les tiers, ont pour conséquence que, dans certaines situations, un époux doit subir les conséquences désastreuses de l'insolvabilité de son conjoint. L'objet de notre contribution fera apparaître ce difficile équilibre qui doit pouvoir être réalisé entre la protection des créanciers, d'une part, et la protection du conjoint de l'époux contractant, d'autre part.

Le législateur belge a opté à cet égard pour la mise en place de plusieurs mécanismes de protection censés réaliser cet équilibre entre les intérêts du ménage et les intérêts des créanciers, selon une approche différenciée qui vise la conclusion du contrat lui-même (1) l'exécution forcée (2) et les procédures collectives (3). Nous examinerons successivement chacune de ces approches.

I. Protection des époux rattachée à la conclusion de certains actes

Une première catégorie de mécanismes correcteurs concerne la conclusion de certains actes par les deux époux ou par un seul d'entre eux et consacre la nullité de ces actes, soit dans l'intérêt des tiers (interdiction de vente entre les époux), soit dans l'intérêt des époux ou dans les intérêts de la famille (nullité des actes qui mettent en péril les intérêts de la famille et formalisme relatif au cautionnement à titre gratuit).

séquestre ou saisie conservatoire) ainsi que plusieurs actions judiciaires (action subrogatoire, action paulienne ou action en déclaration de simulation). Les créanciers peuvent également se protéger par des sûretés négatives. Pour protéger les créanciers contre les prétentions d'autres créanciers, l'article 8 de la loi hypothécaire consacre la règle de l'égalité des créanciers qui a vocation à s'appliquer en cas de situation de concours et de nombreuses dispositions légales consacrent des privilèges légaux. De même, les créanciers peuvent se prémunir contre l'insolvabilité de leur débiteur en se faisant consentir des sûretés conventionnelles.

A. Interdiction de vente entre les époux et révocabilité des donations faites entre époux

En droit belge (et français), la vente ne peut, sauf exceptions, avoir lieu entre époux.

Dans l'Ancien droit, il y avait une interdiction généralisée de conclure des contrats entre époux. Cette interdiction résultait d'une autre prohibition : le droit coutumier français interdisait les donations entre époux, ce qui expliquait la nécessité d'interdire tous les contrats qui auraient pu permettre à l'un des époux d'avantager l'autre. Compte tenu de ces motifs, l'interdiction de contracter entre époux avait une étendue limitée et ne portait pas sur les contrats qui, en raison même de leur nature, ne pouvaient servir à réaliser une donation. Ainsi, selon le jurisconsulte Pothier, la nullité ne pouvait atteindre que les contrats « par lesquels les époux transporteraient l'un à l'autre quelque chose de leurs biens ». Dans un même ordre d'idées, on admettait comme exception le cas des contrats qui étaient nécessaires et où la cause de l'acquisition était connue, dès lors que tout soupçon d'une donation déguisée pouvait être écarté dans ces cas.

Dans le système mis en place par le Code civil en 1804, les donations sont autorisées entre époux, mais elles sont révocables. Il n'en reste pas moins que l'interdiction de vente subsiste. Les raisons principales du maintien de cette interdiction étaient multiples : le souci d'éviter les abus d'influence entre époux, le risque que la règle de la révocabilité des donations ou les règles relatives à la réserve héréditaire ne soient contournées par une vente qui constitue en réalité une donation déguisée, la protection des créanciers de l'un ou l'autre des époux et plus particulièrement le souci d'éviter la fraude aux droits des créanciers par une vente des biens propres ou communs à l'autre époux dans le but d'échapper aux poursuites de ses créanciers⁴. De manière générale, l'incapacité spéciale de jouissance consacrée par l'article 1595 C.civ. tend donc à déjouer la fraude. C'est ce fondement qui justifie également les exceptions prévues à l'article 1595 C.civ. et admises par la jurisprudence, à savoir les cas dans lesquels la fraude ne se conçoit pas.

⁴ Henri DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 4^e éd. par Anne MEINERTZHAGEN-LIMPENS, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 127 et suiv.

L'application de l'incapacité prévue à l'article 1595 C.civ. suppose la réunion de deux conditions: d'une part, il faut que les cocontractants soient mariés (la simple cohabitation légale ne suffit donc pas dès lors que celle-ci n'est pas assimilée au mariage) et, d'autre part, il doit s'agir d'un contrat translatif du droit de propriété conclu à titre onéreux (vente ou échange). De manière générale, la prohibition s'applique aussi bien aux ventes volontaires qu'aux ventes forcées. Les cas d'application sont d'interprétation restrictive. Il a ainsi été jugé que le fait pour un époux de renoncer à l'accession, à titre gratuit, au profit de l'autre, n'implique pas un transfert de propriété et ne tombe dès lors pas dans le champ d'application de l'article 1595 C.civ.⁵

La sanction consiste dans la nullité relative ce qui signifie que si l'un des deux époux a commencé à exécuter le contrat, il ne pourra plus invoquer la nullité. Quant à la question de savoir qui peut intenter cette nullité, il s'agit de l'époux vendeur dans la mesure où c'est lui qui est protégé par la révocabilité des donations et pour autant qu'il n'ait pas encore commencé à exécuter le contrat. Théoriquement, l'époux acheteur pourrait également invoquer la nullité, bien qu'il n'ait presque jamais intérêt à le faire. Dès lors qu'il s'agit d'une nullité relative, celle-ci ne peut en principe être invoquée par les tiers au contrat, parmi lesquels les créanciers. Selon certains auteurs, la vente, nulle entre époux, serait de plein droit inopposable aux créanciers de l'époux vendeur. Pour d'autres, les créanciers devraient soit demander la nullité par l'intermédiaire d'une action oblique (art. 1166 C.civ.), soit intenter une action paulienne (art. 1167 C.civ.)⁶.

B. Nullité des actes qui mettent en péril les intérêts de la famille

L'article 224, § 1^{er} C.civ. dispose: «Sont annulables à la demande du conjoint et sans préjudice de l'octroi de dommages et intérêts: 1. les actes accomplis par l'un des époux, en violation des dispositions de l'arti-

⁵ Gand, 6 févr. 2003, R.W., 2003-2004., p 951. En l'espèce, l'opération avait été requalifiée par le juge, qui considérait que le fait de renoncer à l'accession au profit d'une autre personne consiste en réalité à consentir à celle-ci un droit de superficie. Après avoir qualifié ainsi l'opération, le juge a constaté que le fait pour un époux de consentir, à titre gratuit, un droit de superficie à l'autre n'implique pas une vente de sorte que l'article 1595 C. civ. est inapplicable.

⁶ Pour un aperçu, voir H. DE PAGE, préc., note 4, p. 127 et suiv.

cle 215; 2. les actes accomplis par l'un des époux, après transcription de la requête ou du jugement, en violation d'une interdiction d'aliéner ou d'hypothéquer demandée ou obtenue par application de l'article 223; 3. les donations faites par l'un des époux et qui mettent en péril les intérêts de la famille; 4. les sûretés personnelles données par l'un des époux et qui mettent en péril les intérêts de la famille»⁷.

Ce texte, parfois mal compris⁸, fait partie du régime primaire et s'applique donc quel que soit le régime matrimonial choisi par les époux⁹. Il est impératif et son application ne peut donc être écartée par convention. De même, la bonne foi du créancier cocontractant ne fait pas obstacle à la sanction consacrée par ce texte¹⁰.

Le champ d'application de l'article 224 vise principalement deux catégories d'actes: d'une part, les actes qu'un époux ne peut accomplir valablement seul sans le consentement de son conjoint (visés par l'article 215 C.civ.)¹¹ et, d'autre part, des actes qu'un époux peut accomplir valablement

⁷ Sur cette disposition, qui a déjà été largement commentée ailleurs, voir notamment Sophie STIJNS et Achille CUYPERS, «Persoonlijke zekerheden en echtgenoten», dans *Borgtocht en garantie. Persoonlijke zekerheden. Actualia*, Bruxelles, Kluwer, 1997, p. 39; Jean-Louis RENCHON, «L'incidence des règles de droit familial sur certaines opérations conclues entre les banques et leurs clients», dans *Le droit bancaire et ses implications sur le droit de la famille*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1981, p. 3; Isabelle DE STEFANI, «Les sûretés personnelles données par un époux peuvent être annulées à la demande de son conjoint si elles mettent en péril les intérêts de la famille», *Div. Act.* 2003.91; Emmanuel DE WILDE D'ESTMAEL, «Vingt ans d'application des articles 215, 218, 220, 222 et 224 du Code civil», R.G.D.C. 1996.442; Alain VERBEKE, «Pand, borgstelling en lening aangegaan door één echtgenoot alleen: over de variatie aan huwelijksvermogensrechtelijke bestuursbeperkingen en sancties», A.J.T. 1994-1995.486; Jean-Louis RENCHON, «L'incidence du mariage sur le droit des sûretés», dans *Le droit des sûretés*, Bruxelles, Jeune Barreau, 1992, p. 193.

⁸ Nombreux sont les bailleurs de fonds qui pensent que ce texte ne s'applique pas en cas de séparation de biens.

⁹ Anvers, 15 mai 2007, R.G.D.C. 2008.439; Civ. Anvers, 19 déc. 2002, R.G.D.C. 2004.282. S. STIJNS et A. CUYPERS, préc., note 7, à la page 39; J.-L. RENCHON, préc., note 7, p. 3.

¹⁰ Cass. 27 nov. 1987, *Arr.Cass.* 1987-1988.406.

¹¹ L'article 215 § 1^{er} C. civ. dispose: «Un époux ne peut, sans l'accord de l'autre, disposer entre vifs à titre onéreux ou gratuit, des droits qu'il possède sur l'immeuble qui sert au logement principal de la famille, ni les donner en gage [...]». Lorsqu'un tel acte est accompli par l'un des époux sans le consentement de l'autre, la mise en péril des intérêts de la famille est présumée, de sorte que la nullité prévue à l'article 224 C. civ. ne suppose plus la preuve de cette mise en péril.

seul sans le consentement de son conjoint lorsque ces actes mettent en péril les intérêts de la famille, à savoir les sûretés personnelles (art. 224, § 1^{er}, 4^o).

S'agissant des sûretés personnelles, ce texte a donné lieu à une jurisprudence abondante, qui traduit la fragilité de la sécurité juridique que cette disposition devrait offrir¹².

L'article 224, § 1^{er}, 4^o vise les « sûretés personnelles ». Du point de vue du champ d'application de ce texte, la difficulté provient essentiellement de l'absence de toute définition légale de l'expression « sûreté personnelle ». Les travaux préparatoires en fournissent quelques exemples, mais sans pouvoir prétendre à l'exhaustivité. Il y a donc lieu de s'en tenir aux définitions doctrinales, qui soulignent la finalité de cette forme de sûreté: « Il y a sûreté personnelle lorsque le créancier cherche une garantie d'exécution de sa créance dans l'engagement d'un autre patrimoine que celui du débiteur, donc par adjonction d'un second débiteur qui, selon le cas, s'engage principalement ou subsidiairement à la même dette [...] ou à une dette propre mais liée à la non-exécution de la dette du débiteur principal [...] »¹³.

Il est certain que le texte couvre donc le cautionnement – considéré comme la « reine » des sûretés personnelles – consenti par l'un des époux, généralement considéré comme la « reine » des sûretés personnelles. Le champ d'application est toutefois plus large puisqu'il englobe toutes les sûretés personnelles et donc aussi la solidarité passive. Celle-ci ne pourra cependant donner lieu à l'application de l'article 224 que lorsqu'elle présente une fonction de sûreté. L'article 224 devra donc être écarté dans tous les cas où la solidarité résulte du fait que le conjoint a un intérêt à la dette et où celui-ci apparaît comme coemprunteur. De même, la cession de dette à l'un des époux n'entre pas dans le champ d'application de l'article 224, § 1^{er}, 4^o C.civ., car, si la cession est imparfaite, l'époux-cessionnaire n'est pas tenu au niveau de l'obligation à la dette et, si la cession est par-

¹² Pour un aperçu, voir notamment: I. DE STEFANI, préc., note 7, 91; S. STIJNS et A. CUYPERS, préc., note 7, à la page 39.

¹³ André BRUYNEEL, « L'évolution du droit des sûretés. Constatations et questions », dans Anne-Marie THILLY-STANART et A. BRUYNEEL (dir.), *Les sûretés. Colloque de Bruxelles des 20 et 21 octobre 1983*, Paris, Feduci, 1984, p. 15, à la page 16. Voir également Eric DIRIX, « Borgtocht en garantie. Persoonlijke zekerheden », dans *Voorrechten en Hypotheken – Grondige Studies*, Bruxelles, Kluwer, 1997, p. 45, n° 48.

faite, il n'y a pas sûreté personnelle puisque le cédant est libéré de son obligation¹⁴. Il s'applique en revanche à la délégation¹⁵, à la garantie à première demande¹⁶ et à l'aval d'un chèque, d'une lettre de change ou d'un billet à ordre¹⁷.

S'il va de soi que, compte tenu des termes employés par le texte et de sa *ratio legis*, que celui-ci ne vise nullement les sûretés réelles, un doute subsiste toutefois quant à l'institution improprement appelée « caution réelle ». Si certains auteurs proposent d'inclure celle-ci dans le champ de l'article 224, § 1^{er}, 4^o C.civ.¹⁸ et peuvent s'appuyer à cet égard sur l'évolution de la jurisprudence française¹⁹, la solution n'est pas pour autant unanimement admise compte tenu du caractère *propter rem* de l'engagement (qui ne permet pas de considérer la caution réelle comme une sûreté personnelle) et de l'existence d'autres mécanismes de protection dont il n'est

¹⁴ Pierre VAN OMMESLAGHE, « La transmission des obligations en droit positif belge », dans *La transmission des obligations. Travaux des IX^{es} journées d'étude juridique Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 1980, p. 81.

¹⁵ E. DE WILDE D'ESTMAEL, préc., note 7, 442.

¹⁶ Si la garantie à première demande est, à l'origine, une institution caractéristique du commerce international, il y a lieu de constater que cette figure est aujourd'hui de plus en plus utilisée dans l'ordre juridique interne où elle tend à remplacer le dépôt d'une somme d'argent sur un compte bloqué. La garantie à première demande, si elle ne présente pas un caractère accessoire, n'en est pas moins une sûreté personnelle (Lucien SIMONT et André BRUYNEEL, « Chronique de droit bancaire privé – Les opérations de banque – Les garanties indépendantes (1979-1988) », *Rev.Banq.* 1989.523; Eric DIRIX et Roger DE CORTE, « Zekerheidsrechten », dans *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Story-Scientia, 1999, p. 261, n^o 439) et tombe ainsi dans le champ d'application de l'article 224, § 1^{er}, 4^o, C. civ. (A. VERBEKE, préc., note 7, n^o 4).

¹⁷ L'aval est également considéré comme faisant partie des sûretés personnelles (E. DIRIX et R. DE CORTE, préc., note 16, n^o 432). Pour une application de l'article 224, § 1^{er}, 4^o, C. civ. à l'aval, voir notamment Liège, 22 févr. 1984, *Rev.Not.B.* 1985.98; Gand, 13 oct. 1995, T.R.V. 1996.117.

¹⁸ A. VERBEKE, préc., note 7, n^o 4^{ter}.

¹⁹ Civ. 11 avr. 1995, *Bull.civ.* I, n^o 166 concernant l'article 1415 C. civ. français qui vise le « cautionnement ». Certains auteurs français vont jusqu'à considérer que le « cautionnement réel » ne serait qu'une forme particulière du cautionnement. Cette position nous paraît critiquable puisqu'elle procède en réalité d'un glissement sémantique qui est source de confusion et qui méconnaît la distinction fondamentale entre les sûretés réelles et les sûretés personnelles. Sur cette distinction, voir A. BRUYNEEL, préc., note 13.

pas discutable qu'ils s'appliquent aux sûretés réelles, y compris la caution réelle²⁰.

Il appartiendra donc au juge de vérifier, au cas par cas, si l'engagement avait bien pour objet ou pour fonction de constituer une sûreté au sens de la définition précitée.

Ne sont visées par l'article 224, § 1^{er}, 4^o C.civ. que les sûretés personnelles consenties par l'un des époux *qui mettent en péril les intérêts de la famille*. Ce second critère est laissé à l'appréciation souveraine du juge et devra donc être examiné au cas par cas. La Cour de cassation a néanmoins précisé, dans un arrêt du 25 avril 1985, que le juge doit se placer au moment de la constitution de la sûreté pour apprécier si celle-ci met en péril ou non les intérêts de la famille²¹. Le juge ne prendra donc pas en compte les faits postérieurs à la constitution de la sûreté (par exemple l'évolution de la situation financière du ménage après la constitution de la sûreté). Si le caractère tout à fait général de la formule « mise en péril des intérêts de la famille » laisse un grand pouvoir d'appréciation au juge et constitue dès lors, pour le prêteur, une source d'insécurité juridique, le fait que ce critère doit être apprécié au moment de la conclusion du contrat est de nature à tempérer cette insécurité et à permettre au prêteur de prendre à un moment déterminé – celui de la conclusion du contrat de sûreté – les précautions suffisantes pour éviter une remise en cause *a posteriori* de la sûreté. En outre, il ressort de l'arrêt précité de la Cour de cassation que la mise en péril s'apprécie principalement à la lumière de la comparaison qui doit être faite entre le montant pour lequel la sûreté a été consentie et la situation financière de la famille. Enfin, la doctrine précise également que la mise en péril doit présenter un caractère grave et sérieux²² et qu'« une simple menace pour le patrimoine familial ne pourra suffire »²³.

²⁰ Que l'on songe notamment à l'article 215 C. civ. pour le régime primaire et à l'article 1418 C. civ. pour le régime de communauté légale. Voir S. STIJNS et A. CUYPERS, préc., note 7, n^o 67, à la page 64, qui estiment qu'une intervention législative est nécessaire pour pouvoir appliquer l'article 224, § 1^{er}, 4^o, C. civ.

²¹ Cass. 25 avr. 1985, *Pas.* 1985.I.1052; Cass. 24 avr. 1998, *Rev.Not.belge* 1998.310, note Sace. Cette jurisprudence a été largement suivie par les juges de fond, voir S. STIJNS et A. CUYPERS, préc., note 7, n^o 69, à la page 66 ainsi que les décisions citées par ces auteurs (note infrapaginale 116).

²² S. STIJNS et A. CUYPERS, préc., note 7, n^o 70, à la page 68; J.-L. RENCHON, préc., note 7, n^o 7.

²³ E. DE WILDE D'ESTMAEL, préc., note 7, 443.

La jurisprudence ne déduit pas du texte de l'article 224, § 1^{er}, 4^o C.civ. un devoir du prêteur d'informer l'époux non contractant du cautionnement par l'autre époux²⁴. Il est toutefois utile de rappeler que le prêteur aura tout intérêt à informer l'autre époux dès lors que le délai d'un an prévu par l'article 224, § 2 C.civ. commence à courir à partir du moment où l'époux non-contractant a eu connaissance de la sûreté.

De manière générale, une appréciation sévère de la demande en nullité s'impose, pour éviter que la nullité prévue à l'article 224, § 1^{er}, ne devienne le recours ultime en vue d'éviter de devoir faire face aux engagements qui par ailleurs ont pu bénéficier aux intérêts familiaux.

C. Formalisme entourant le cautionnement à titre gratuit

La loi du 3 juin 2007 relative au cautionnement à titre gratuit²⁵ a inséré dans le titre XIV du livre III du Code civil un chapitre 5 comprenant les articles 2043*bis* à 2043*octies* intitulé « Du cautionnement à titre gratuit ».

La loi insère ainsi dans le Code civil un régime dérogatoire au droit commun du cautionnement, caractérisé principalement par un formalisme renforcé au niveau de la formation du contrat et par un devoir d'information, tant au niveau de la conclusion du contrat que postérieurement à celle-ci.

Si l'objectif premier de cette modification législative était de protéger la « caution-consommateur » contre les dangers inhérents au contrat de cautionnement, elle protège indirectement aussi les époux.

Le cautionnement à titre gratuit vise un acte par lequel une personne physique garantit gratuitement une dette principale au profit d'un créancier, étant entendu que « la nature gratuite du cautionnement porte sur l'absence de tout avantage économique, tant direct qu'indirect, que la caution peut obtenir grâce au cautionnement »²⁶.

²⁴ Anvers, 15 mai 2007, R.G.D.C. 2008.439; Marc VAN QUICKENBORNE, « De rechten en de plichten van de schuldeiser jegens de borg », T.P.R. 2000.1501, n° 12. Voir toutefois les dispositions particulières relatives au cautionnement à titre gratuit, *infra*, n° 12 et suiv.

²⁵ M.B., 27 juin 2007.

²⁶ Art. 2043*bis* a) C. civ.

Cette notion de « gratuité » a déjà fait couler beaucoup d'encre même avant l'adoption de la loi du 3 juin 2007, dès lors que la loi de réparation du 4 septembre 2002²⁷ modifiant la Loi sur les faillites instaurait un régime de décharge de dettes plus favorable pour la caution intervenue à titre gratuit. Ni la loi du 20 juillet 2005²⁸, ni la loi du 13 décembre 2005²⁹ introduisant en matière de règlement collectif de dettes une décharge au profit de la caution intervenue à titre gratuit, ni la loi du 3 juin 2007 n'ont permis de mettre fin à ces discussions.

Selon une première conception, la gratuité suppose l'absence de tout avantage direct ou indirect. Cette conception a notamment trouvé appui dans un arrêt rendu par la Cour d'arbitrage le 30 juin 2004³⁰ ainsi que dans les travaux préparatoires de la loi du 20 juillet 2005. Selon une conception différente, la gratuité suppose l'absence d'une contre-prestation pour la constitution de la sûreté et se rattacherait au concept de l'obligation à titre gratuit consacrée à l'article 1105 C.civ. Une obligation sans contre-prestation concrète est une obligation gratuite, même si celui qui s'engage a un intérêt à le faire³¹.

La loi du 3 juin 2007 a apporté à cet égard une définition qui traduit plutôt la première conception et qui complète la définition donnée dans l'arrêt précité du 30 juin 2004 en précisant que la gratuité vise l'absence de tout avantage *économique*, tant direct qu'indirect. Le cautionnement consenti par des parents pour que leur enfant puisse se faire octroyer un crédit serait ainsi un cautionnement à titre gratuit, dès lors que l'avantage de la caution est purement affectif³². La portée de cette définition était toutefois limitée au champ visé par la loi du 3 juin 2007, de sorte qu'une discussion subsistait quant à l'interprétation de cette notion de « gratuité » dans le cadre de la loi sur les faillites et du régime de l'excusabilité. Dans un arrêt du 26 juin 2008, la Cour de cassation a toutefois aligné les diffé-

²⁷ *Loi modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, le Code judiciaire et le Code des sociétés*, M.B. 21 sept. 2002.

²⁸ *Loi modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites et portant dispositions fiscales diverses*, M.B. 28 juill. 2005.

²⁹ *Loi portant des dispositions diverses relatives aux délais, aux requêtes contradictoires et à la procédure en règlement collectif de dettes*, M.B. 21 déc. 2005.

³⁰ C.A. 30 juin 2004, M.B. 22 juill. 2004.

³¹ Cass. 9 mars 2000, R.D.C. 2000.782, note C.-A. Leunen.

³² Melissa VANMEENEN, « Kosteloze borgtocht: (een) nieuwe zekerheid (?) », R.D.C. 2008.856, n° 24.

rents régimes en confirmant que, dans le cadre du régime d'excusabilité du failli, le caractère gratuit ou non de la sûreté personnelle visait l'absence de tout avantage économique, tant direct qu'indirect³³. Elle a également précisé à cette occasion que l'existence d'une contre-prestation concrète pour la constitution de la sûreté n'est pas déterminante dans l'appréciation du caractère gratuit de la sûreté au sens de la loi sur les faillites. Cet arrêt a définitivement tranché les controverses autour de la notion de « gratuité »³⁴.

Cette question présente un enjeu important pour les époux ou cohabitants qui s'octroient une caution pour les dettes de la société dont leur conjoint est gérant ou administrateur. Pour les époux mariés, la prise en compte de l'avantage économique implique qu'ils tombent en dehors du champ d'application de la loi du 3 juin 2007. En effet, s'agissant d'époux mariés sous le régime légal de communauté, les revenus du conjoint-gérant/administrateur profitent également à l'autre époux, puisqu'ils tombent dans la communauté³⁵. S'agissant des époux ayant opté pour un régime de séparation de biens, il est admis que l'autre époux profite également des revenus du conjoint-gérant/administrateur compte tenu de l'obligation de contribuer aux charges du ménage³⁶.

La question est plus délicate pour les cohabitants, mais ici aussi, il est généralement admis que le cohabitant retire un avantage des revenus du partenaire-gérant. Pour les cohabitants légaux, l'avantage pourra être déduit de l'obligation de contribution prévue à l'article 1477, § 3 C.civ. En revanche, pour les cohabitants de fait, l'existence de cet avantage est beaucoup moins évidente.

Le régime formaliste prévu par la loi du 3 juin 2007 vise par ailleurs le contrat de cautionnement, dont on trouvera la définition à l'article 2011 C.civ. Selon certains auteurs, le champ d'application de cette loi engloberait

³³ Cass. 26 juin 2008, R.D.C. 2008.728.

³⁴ Voir notamment en ce sens : M. VANMEENEN, préc., note 32, 856, n° 25.

³⁵ Anvers, 1^{er} juin 2006, R.D.C. 2007.282 avec note Van Den Steen ; Comm. Termonde, 12 déc. 2005, R.W., 2005-2006, p. 953.

³⁶ M. VANMEENEN, préc., note 32, 855, n° 23.

également d'autres institutions juridiques proches³⁷, telle la solidarité passive³⁸.

Une telle extension du champ d'application de la loi nous paraît cependant incompatible avec son contenu. En effet, le régime mis en place est dérogoratoire au droit commun et doit être interprété de manière stricte. Or, le texte vise exclusivement le contrat de cautionnement. Certes, une solidarité passive pourrait dans certains cas être requalifiée par le juge³⁹, mais préconiser de manière presque systématique une telle requalification méconnaît fondamentalement l'autonomie de volonté des parties⁴⁰. Enfin, la qualification de « cautionnement » ne vise que la relation contractuelle entre codébiteurs, contrairement à la solidarité passive⁴¹. Face à ces discussions, de nombreuses contestations sont à craindre dans l'hypothèse où le créancier exercerait son recours contre un codébiteur solidaire.

La loi soumet le cautionnement à titre gratuit, à un formalisme sévère, dont le non-respect est sanctionné par la nullité du contrat⁴². Contrairement à la formalité « bon pour » prévue par l'article 1326 C.civ. qui porte sur le régime probatoire, les nouvelles formalités prévues par la loi du 3 juin 2007 protègent le consentement du débiteur et constituent à ce titre des conditions de validité du contrat⁴³. Ces formalités empêchent notamment la conclusion du contrat de cautionnement par voie électronique.

³⁷ Sont également visées, outre la solidarité passive, la garantie à première demande et la caution réelle. Pour un aperçu, voir M. VANMEENEN, préc., note 32, 848, n° 7; Christine BIQUET-MATHIEU et Sandra NOTARNICOLA, « La protection des sûretés personnelles dites faibles. Le point après la loi du 3 juin 2007 sur le cautionnement à titre gratuit », dans Christine BIQUET-MATHIEU (dir.), *Sûretés et procédures collectives*, CUP, Liège, Anthemis, 2008, p. 24.

³⁸ C. BIQUET-MATHIEU et S. NOTARNICOLA, préc., note 37, p. 44, n° 26; Eric DIRIX, « De kosteloze borgtocht », R.W., 2007-2008, p. 219 et 220.

³⁹ Laurent DU JARDIN, « Vers un droit commun des garanties personnelles ? La loi relative au cautionnement à titre gratuit », R.G.D.C. 2008.209.

⁴⁰ Voir en ce sens également : M. VANMEENEN, préc., note 32, 848, n° 7.

⁴¹ A. CUYPERS, « De kosteloze borgtocht: één belangeloos concept », *Dr. Banc. Fin.* 2007.162 et 163. L'auteur rappelle également qu'au cours des travaux préparatoires, la solidarité passive n'a pas été évoquée une seule fois.

⁴² Art. 2043quinquies C. civ.

⁴³ Michèle GRÉGOIRE, « Le cautionnement à titre gratuit. La loi du 3 juin 2007 », J.T. 2007, n°s 5 et 9; E. DIRIX, préc., note 38, 220; C. BIQUET-MATHIEU et S. NOTARNICOLA, préc., note 37, p. 42.

Le contenu du contrat de cautionnement est également, du moins en partie, réglementé puisqu'il est expressément prévu que le contrat doit indiquer aussi bien la durée que la portée de l'engagement de la caution, lesquelles sont limitées par la loi⁴⁴. Une protection particulière est prévue pour les héritiers, puisque la loi précise que les obligations des héritiers d'une caution sont limitées à la part dont ils ont respectivement hérité⁴⁵. Toute clause prévoyant la solidarité entre les héritiers de la caution est prohibée.

Enfin, est prévue une obligation d'information selon laquelle le créancier doit informer la caution au moins une fois par an aussi longtemps que le débiteur exécute normalement son contrat et doit lui communiquer toute information relative à l'inexécution qu'il adresse au débiteur principal⁴⁶.

II. Protection qui se situe au niveau de l'exécution forcée

Les articles 1408 à 1412 du Code judiciaire instaurent une insaisissabilité de certains biens meubles corporels (art. 1408) et incorporels (art. 1409 à 1412). Ces dispositions se trouvent réunies dans un chapitre intitulé « Des biens qui ne peuvent être saisis ». Cette législation tend à humaniser le régime de saisissabilité et à protéger le débiteur et sa famille contre les créanciers.

L'article 1408 C. jud. énumère les biens meubles corporels qui ne peuvent être saisis (table, chaises, lit, appareils nécessaires au chauffage, vaisselle et ustensiles de ménage indispensables à la famille, objets servant à l'exercice du culte, etc.). La protection prévue par cette disposition cesse de jouer lorsque les biens ne se trouvent pas ou plus dans les lieux où le saisi réside ou dans ceux où il travaille habituellement.

L'article 1409, § 1^{er} prévoit l'insaisissabilité (ainsi que l'incessibilité) d'une partie du salaire du débiteur. Les montants de la quotité saisissable ou cessible sont adaptés chaque année afin de tenir compte de l'évolution

⁴⁴ Art. 2043^{quinquies}, § 2 C. civ. (soit le contrat précise qu'il est conclu à durée indéterminée, soit la durée n'est pas déterminée dans le contrat, auquel cas la durée est limitée à un terme de 5 ans renouvelable) et 2043^{sexies}, § 1 C. civ.

⁴⁵ Art. 2043^{octies} C. civ.

⁴⁶ Art. 2043^{sepiés} C. civ.

du coût de la vie (système par tranches dans lequel tout ce qui est en dessous du premier seuil est totalement insaisissable, ce qui se trouve entre le premier et le deuxième seuil ne peut être saisi qu'à concurrence d'un cinquième, ce qui se trouve entre le deuxième et le troisième seuil ne peut être saisi qu'à concurrence de 30 %, ce qui se trouve entre le troisième et le quatrième seuil ne peut être saisi qu'à concurrence de 40 % et au-delà du quatrième seuil tout peut être saisi). L'article 1409*bis* complète ce régime en spécifiant que le débiteur qui ne dispose pas d'un revenu de salaire, sera néanmoins protégé et pourra conserver pour lui et sa famille les revenus nécessaires calculés conformément aux mêmes principes. L'article 1410 C. jud. détermine par ailleurs le champ du régime prévu par l'article 1409, § 1er en énumérant une série de revenus auxquels ce même régime sera applicable⁴⁷. Parmi ces revenus, citons plus particulièrement les pensions alimentaires. Le débiteur ne peut se voir saisir la pension alimentaire qu'il perçoit que dans les proportions admises par l'article 1409 C. jud. L'article 1410 énumère par ailleurs une liste de créances qui ne sont absolument pas cessibles ou saisissables⁴⁸.

Il y a lieu de relever que ce régime protège, de manière générale, tout débiteur et ne met pas en place un régime spécifique concernant les époux⁴⁹.

En revanche, la loi du 25 avril 2007 crée, pour les immeubles, une insaisissabilité qui tend principalement à protéger *la résidence familiale* contre les dangers auxquels l'indépendant expose celle-ci, de par son activité professionnelle. En effet, l'indépendant qui exerce ses activités professionnelles en personne physique risque de voir son immeuble, constituant par ailleurs sa résidence familiale, saisi par ses créanciers. Le

⁴⁷ Il s'agit notamment des provisions et pensions alimentaires, allocations de chômage, indemnités pour incapacité de travail, pensions et rentes tenant lieu de pension, pécules de vacances, etc.

⁴⁸ Parmi celles-ci, on trouve les sommes payées au titre de l'aide sociale ou du minimum des moyens d'existence, les sommes payées au bénéficiaire de prestations de soins de santé à titre d'intervention à charge de l'assurance, etc.

⁴⁹ Voir toutefois l'article 1412 C. jud. qui instaure une double protection au profit des *créanciers d'aliments*. Si la créance qui est la cause de la saisie est une créance d'aliments, d'une part, les limitations et exclusions prévues par les articles 1409 à 1410 ne sont pas applicables et, d'autre part, les autres créanciers du débiteur ne peuvent faire valoir leurs droits que sur la quotité saisissable diminuée du montant attribué aux créanciers d'aliments.

législateur belge est donc, à l'instar du législateur français⁵⁰, intervenu en permettant à l'indépendant de déclarer insaisissable son domicile⁵¹. Ici, ce n'est donc qu'indirectement que les époux sont protégés, par le concept de la résidence familiale.

Le régime mis en place par cette loi permet à l'indépendant, personne physique, de déclarer insaisissable «les droits réels qu'il détient sur l'immeuble où est établie sa résidence principale». Cette déclaration se fait devant notaire et doit comporter une description détaillée du bien tout en précisant le caractère propre, commun ou indivis des droits réels concernés. Il n'est pas nécessaire que toute ou partie de l'activité professionnelle soit également exercée dans l'immeuble concerné, mais si c'est le cas la déclaration doit mentionner les surfaces relatives à l'habitation et celles relatives à l'activité professionnelle. En effet, si la surface professionnelle représente moins de 30 % de l'ensemble, il est possible de déclarer insaisissable les droits réels portant sur la totalité de l'immeuble, alors que dans le cas inverse, seuls les droits portant sur la partie «résidence principale» peuvent être déclarés insaisissables. L'insaisissabilité sera donc totale si la totalité de l'immeuble constitue la résidence principale ou si l'immeuble est à usage mixte, lorsque la surface utilisée pour les activités professionnelles représente moins de 30 % de la surface totale.

La déclaration doit faire l'objet d'une inscription dans le registre de la conservation des hypothèques du lieu de situation du bien et ne sera opposable aux créanciers qu'à compter de cette inscription.

L'article 77 énumère les créances à l'égard desquelles la déclaration n'a pas d'effet. Parmi celles-ci, citons les créances nées avant l'inscription de la déclaration au registre de la conservation des hypothèques, les dettes en tout ou en partie privées et, en cas de dissolution du régime matrimonial,

⁵⁰ *Loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique*, J.O.R.F., n° 179, 5 août 2003, p. 13449. Il convient de noter qu'en France, l'idée n'était pas neuve puisqu'une loi du 12 juillet 1909 sur les biens de famille permettait déjà de constituer au profit de toute famille, un bien insaisissable portant le nom de « bien de famille ». La valeur dudit bien ne pouvait dépasser 50.000 FF (ce qui correspond à 7.622,45 euros). Ce texte, fort marqué par son époque, n'a jamais réellement eu d'application et était dépourvu de réelle signification économique (compte tenu de la valeur maximale notamment, qui n'était pas suffisamment élevée). La loi du 1^{er} août 2003 a permis de moderniser ce régime.

⁵¹ *Loi du 25 avril 2007 portant dispositions diverses*, M.B. 8 mai 2007, art. 72 à 83.

les dettes liées à l'activité professionnelle du déclarant dont le recouvrement peut avoir lieu sur le patrimoine de l'ex-conjoint, si le déclarant est attributaire du bien⁵².

L'utilité de ce régime d'insaisissabilité reste encore à prouver. En effet, depuis l'entrée en vigueur de cette loi, la possibilité offerte par la loi du 25 avril 2007 n'a que très peu été utilisée dès lors que l'indépendant qui ferait une déclaration d'insaisissabilité se priverait de toute possibilité d'obtenir du crédit. Or, le crédit est souvent fondamental pour l'activité professionnelle de l'indépendant. L'indépendant qui voudra mettre son patrimoine personnel, et plus particulièrement le logement familial, à l'abri de ses créanciers optera plus naturellement pour la création d'une société à responsabilité limitée, généralement unipersonnelle.

L'exigence d'un capital minimum et les frais de constitution relativement importants dissuadent toutefois bon nombre d'entrepreneurs de recourir à cette solution. C'est en considération de cette barrière qu'une réforme législative est en cours, aux termes de laquelle il sera possible de créer une société privée à responsabilité limitée (unipersonnelle ou non) avec un capital minimum de 1 €, appelée la SPRL-S (*Starter*), moyennant l'obligation d'augmenter ce capital pour atteindre le capital minimum normal de la SPRL (18.550 €). Ce projet de loi, approuvé à l'unanimité par la Commission de Justice de la Chambre des représentants le 27 octobre 2009⁵³, devrait faciliter l'accès à la responsabilité limitée et permettre à l'entreprise de survivre plus facilement à la personne de l'entrepreneur indépendamment des circonstances personnelles qui pourraient toucher celui-ci ou sa famille⁵⁴. Les travaux préparatoires précisent à cet égard :

« Bien sûr, il leur reste l'entreprise en personne physique, laquelle entraîne peut-être moins de frais et formalités que la constitution d'une société, mais les risques sont considérables. On ne pense pas seulement à l'entrepreneur, mais aussi à son conjoint et ses enfants mineurs, puisque les dettes de l'entreprise sont des dettes personnelles. Le chef d'entreprise engage tant son patrimoine propre que le patrimoine commun, et ceci sans limitation. En cas de faillite, le désastre est souvent total et affecte tous les membres de la famille.

⁵² Cette dernière hypothèse résulte de l'article 79 de la loi.

⁵³ *Projet de loi modifiant le Code des sociétés et prévoyant les modalités de la société privée à responsabilité limitée Starter*, Chambre, s.o. 2009-2010, n° 2211/001.

⁵⁴ Exposé des motifs, n° 2211/001, p. 7.

La seule façon efficace de protéger cet entrepreneur débutant, ainsi que sa famille, est de poursuivre son commerce en société à responsabilité limitée».

Il convient cependant de rappeler que ce régime ne porte pas atteinte aux différents cas de responsabilité personnelle et solidaire des fondateurs et/ou associés, de sorte qu'il serait vain de croire que la création d'une société met les époux totalement à l'abri des recours des créanciers professionnels.

Enfin, il y a lieu de mentionner une protection indirecte du logement familial qui résulte de la procédure d'expulsion en matière de louage des choses⁵⁵. Conformément à l'article 1344^{ter} C. jud., lorsqu'une demande d'expulsion portant sur un bail de résidence principale est introduite, le greffier envoie, sauf opposition du preneur, une copie de la requête au Centre public d'aide sociale (CPAS) du domicile du preneur. Le CPAS « offre, de la manière la plus appropriée, d'apporter son aide dans le cadre de sa mission légale »⁵⁶. De manière plus fondamentale encore, l'expulsion ne peut être exécutée qu'après un délai d'un mois suivant la signification du jugement d'expulsion, délai qui peut être prolongé par le juge à la demande du preneur « qui justifie de circonstances d'une gravité particulière, notamment les possibilités de reloger le preneur dans des conditions suffisantes respectant l'unité, les ressources financières et les besoins de la famille, en particulier pendant l'hiver »⁵⁷. Si ce texte peut parfois avoir pour effet indirect de protéger le logement familial, ce n'est toutefois pas son objectif premier. En effet, le but de cette disposition était, avant tout, d'humaniser la procédure d'expulsion de manière générale, que le preneur soit marié, cohabitant ou occupe le bien seul.

III. Protection des époux dans le cadre des procédures collectives

Il n'est pas rare que les conséquences d'une faillite ou d'un règlement collectif de dettes rejaillissent sur la situation de l'époux du failli ou du débiteur. Or, durant les quinze dernières années, le droit belge des procédures collectives a, sous l'influence de la doctrine américaine du *Fresh Start*, connu une humanisation tendant à moins stigmatiser le débiteur et

⁵⁵ Art. 1344^{bis} à 1344^{septies} C. jud., tels que modifiés par la loi du 30 novembre 1998.

⁵⁶ Art. 1344^{ter}, § 5 C. jud.

⁵⁷ Art. 1344^{quater} C. jud.

à donner à celui-ci une nouvelle chance dans la vie. Dans un premier temps, tous les efforts étaient concentrés sur la recherche d'un équilibre entre la situation du débiteur et les droits des créanciers. De manière progressive et notamment grâce à la jurisprudence de la Cour d'arbitrage (actuellement Cour constitutionnelle), le législateur a commencé à s'intéresser à la situation du conjoint et plus particulièrement à la question de savoir dans quelle mesure cette humanisation du droit des procédures collectives devait bénéficier au conjoint du débiteur.

En droit de la faillite, la protection de l'époux se situe aujourd'hui – après une longue évolution que nous ne retracerons pas ici⁵⁸ – à un double niveau et résultera à chaque fois de la déclaration d'excusabilité du failli.

En vertu de l'article 80 de la Loi sur les faillites, le juge-commissaire présente au tribunal, amené à statuer sur la clôture de la faillite, la délibération des créanciers relative à l'excusabilité du failli et un rapport sur les circonstances de la faillite. Le tribunal prononce alors l'excusabilité du failli malheureux et de bonne foi, sauf circonstances grave et spécialement motivées. L'excusabilité n'entraîne pas l'extinction des dettes subsistant après la clôture de la faillite mais signifie que le failli ne pourra plus être poursuivi par ses créanciers⁵⁹. Dès lors que l'excusabilité n'entraîne pas l'extinction de la dette, il a fallu préciser le sort de tous les coobligés.

D'une part, l'article 80, dispose que les personnes qui se sont constituées sûretés personnelles à titre gratuit du failli sont, sauf organisation frauduleuse de l'insolvabilité, déchargées de leur obligation par le tribunal lorsque celui-ci constate que leur obligation est disproportionnée par rapport à leurs revenus et à leur patrimoine. À cette fin, l'article 72*bis* précise que ces personnes doivent déposer au greffe du tribunal de commerce une déclaration attestant que leur obligation est disproportionnée à leurs revenus et à leur patrimoine⁶⁰. Le tribunal apprécie souverainement le caractère disproportionné de l'engagement après avoir entendu le failli et la

⁵⁸ Pour un aperçu, voir : Bénédicte INGHELS, « Petite histoire d'une grande idée : l'excusabilité », R.D.C. 2007.324 ; Anne CHAMBEROD, « Actualité sur quelques points choisis en matière de faillite », dans *Actualités du droit des procédures collectives*, UB³, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 1.

⁵⁹ Art. 82 L. Faill.

⁶⁰ Cette déclaration doit être dûment étayée par des pièces justificatives : l'article 72*ter* dispose que « La personne joint à sa déclaration : 1° la copie de sa dernière déclaration à l'impôt des personnes physiques ; 2° le relevé de l'ensemble des éléments actifs ou

personne qui s'est constituée sûreté personnelle. Afin de ne pas priver ces dispositions de tout effet utile, la suspension des poursuites à dater du jugement déclaratif de faillite vaut également à l'égard de la personne qui s'est constituée sûreté personnelle à titre gratuit⁶¹. Le conjoint qui a consenti, à titre gratuit, une sûreté personnelle pour garantir les engagements du failli pourra, bien entendu, se prévaloir de ce régime pour obtenir la décharge de son obligation.

D'autre part, l'article 82, alinéa 2 de la Loi sur les faillites dispose : « Le conjoint du failli qui est personnellement obligé à la dette de son époux ou l'ex-conjoint qui est personnellement obligé à la dette de son époux contractée du temps du mariage est libéré de cette obligation par l'effet de l'excusabilité »⁶².

Par la loi du 5 juillet 1998, le législateur belge a consacré une procédure collective d'insolvabilité propre aux non-commerçants (personnes physiques). Ici aussi, ce n'est que dans un second temps que la réflexion a porté sur la situation des coobligés.

L'article 1675/16bis C.jud. consacre, sans préjudice de l'application de l'article 1287 C.civ.⁶³, un régime de décharge totale ou partielle de la personne qui s'est constituée sûreté personnelle, à titre gratuit, du débiteur en règlement collectif de dettes similaire à celui prévu en matière de faillite. Le régime mis en place par ce texte est en grande partie comparable à celui consacré par l'article 80 de la Loi sur les faillites⁶⁴ et la sûreté bénéficiera également de la suspension des voies d'exécution. En revanche, la demande de décharge n'est pas conditionnée par l'ouverture de la

passif qui composent son patrimoine; 3° toute autre pièce de nature à établir avec précision l'état de ses ressources et les charges qui sont les siennes ».

⁶¹ Art. 24bis L. Faill.

⁶² Compte tenu du fait que le bénéfice de l'article 82 alinéa 2 L. Faill. était discuté s'agissant de l'ex-conjoint, la loi du 18 juillet 2008 a complété le texte pour expressément envisager cette hypothèse.

⁶³ L'article 1287 C. civ. dispose que « La remise ou décharge conventionnelle accordée au débiteur principal libère les cautions; Celle accordée à la caution ne libère pas le débiteur principal; Celle accordée à l'une des cautions ne libère pas les autres ».

⁶⁴ Ici aussi, l'obligation doit être disproportionnée par rapport aux revenus et au patrimoine de la personne qui consent la sûreté personnelle et une déclaration attestant cette disproportion devra être déposée, avec pièces justificatives à l'appui, au greffe du Tribunal du travail (art. 1675/16bis, § 3 C. jud.). La décharge ne pourra être accordée à celui qui a frauduleusement organisé son insolvabilité.

procédure collective d'insolvabilité: conformément à l'article 1675/16bis, § 5 C. jud., il suffit que le débiteur principal réunisse les conditions pour demander un règlement collectif de dettes. Même s'il ne le fait pas, la personne qui a consenti une sûreté personnelle pourra demander devant le tribunal du travail sa décharge. Ce régime pourra également profiter au conjoint qui s'est constitué sûreté personnelle à titre gratuit.

Contrairement au régime prévu par l'article 80 de la Loi sur les faillites, le règlement collectif de dettes ne prévoit toutefois pas de décharge automatique du conjoint personnellement obligé lorsque le débiteur est déchargé de ses dettes dans le cadre de la procédure de règlement collectif de dettes.

*
* *

Un premier constat s'impose après ce tour d'horizon en droit belge: c'est le nombre important des régimes protégeant un conjoint contre l'insolvabilité de l'autre époux. Cette protection paraît toutefois insatisfaisante pour plusieurs raisons.

Il y a lieu de relever ainsi que si pour certaines des dispositions examinées, le but est bien de protéger le conjoint, pour bon nombre d'entre elles cette protection n'est pas l'objectif premier mais plutôt un effet secondaire. Souvent l'objectif vise autre chose: protection du consommateur ou humanisation de la situation du débiteur. Parfois la protection ne vise pas tant le conjoint lui-même, mais plutôt le concept du «logement familial». Cette multiplicité des objectifs poursuivis par le législateur explique l'absence de cohérence entre les différents régimes de protection. On constate en effet que bien souvent, l'objectif de protection du conjoint contre l'insolvabilité de son époux est soit totalement absent au moment de l'adoption des réformes législatives et ne s'impose alors que dans un second temps, souvent en raison du principe de non-discrimination⁶⁵, soit l'ob-

⁶⁵ C'est le cas pour l'excusabilité du failli, qui a dû être étendue aux co-obligés et c'est le cas pour la décharge de la personne qui a consenti une sûreté personnelle au débiteur bénéficiant d'une remise de dettes dans le cadre d'une procédure de règlement collectif de dettes.

jectif est présent mais n'est visé que de manière indirecte⁶⁶. En réalité, les seules dispositions qui visent directement la protection du conjoint contre l'insolvabilité de son époux sont les dispositions – fort anciennes – du Code civil visées par le régime primaire et par le régime de communauté légale. En d'autres mots, toute réflexion visant à protéger un époux contre l'insolvabilité de l'autre est fort ancienne et mériterait à tout le moins une actualisation.

Le deuxième constat est que la protection du conjoint peut s'articuler autour de différents axes : conclusion du contrat, exécution forcée et procédures collectives d'insolvabilité.

S'agissant de la conclusion du contrat, la tendance récente veut que ce soit surtout le droit de la consommation qui vienne au secours du conjoint en soumettant la conclusion du contrat à un formalisme important qui évitera qu'il ne se lance trop facilement dans la conclusion de contrats dont les conséquences patrimoniales peuvent s'avérer désastreuses pour son conjoint. C'est en quelque sorte un volet préventif qui sera privilégié ici. Lorsque l'époux contractant est consommateur, son conjoint se trouve indirectement protégé par le droit de la consommation qui vient compléter en quelque sorte les dispositions issues du Code civil en matière de régimes matrimoniaux.

Pour ce qui est du volet de l'exécution forcée, il y a lieu de constater que l'objectif de protection du conjoint n'y apparaît que de manière extrêmement atténuée et très indirecte. Dans ce domaine, l'absence de réflexion à ce sujet est flagrante. On y songe seulement à admettre des entorses aux droits des créanciers pour humaniser la situation du débiteur, mais pas pour protéger le conjoint qui ne se trouvera généralement protégé qu'à travers une protection – limitée – du logement familial.

Enfin, concernant la protection du conjoint dans le cadre des procédures collectives, celle-ci n'apparaît généralement que de manière secondaire et parcellaire et résulte fréquemment de modifications législatives tardives visant à répondre aux objections d'inconstitutionnalité et plus

⁶⁶ C'est notamment le cas pour l'insaisissabilité du domicile de l'indépendant ou encore pour la création de la SPRL-S où le législateur a maintenu une certaine ambiguïté quant aux objectifs poursuivis entre la relance économique ou la protection de la famille de l'indépendant qui hésite à créer une société pour exploiter son activité commerciale.

particulièrement de discrimination, résultant de l'absence de prise en compte de la situation du conjoint du débiteur.

Un troisième et dernier constat, lié à ceux qui précèdent, réside dans l'absence totale de prise en compte de situations moins classiques ou d'incidents pouvant émailler la vie du couple. La situation de la cohabitation légale est ainsi rarement envisagée. Que faut-il exactement entendre par le « conjoint » ? Cela vise-t-il également le cohabitant légal ? Le cohabitant de fait mérite-t-il également une protection et quels sont les risques pour son patrimoine ? Quelle doit être la protection du conjoint en cas de divorce pendant la procédure de divorce et après celle-ci lorsqu'il s'agit d'engagements contractés pendant le mariage ? Ces questions sont presque totalement absentes des réformes récemment adoptées, alors que leur importance ne saurait pourtant être sous-estimée. Cette lacune résulte vraisemblablement du fait que, comme nous l'avons constaté plus haut, l'objectif des différents régimes mis en place ne vise que très accessoirement ou indirectement seulement le conjoint.

À la lumière de ce qui précède, le droit belge paraît insatisfaisant au niveau de la protection du conjoint contre l'insolvabilité de son époux. Les dispositions sont éparpillées et ne présentent pas vraiment un régime global et cohérent. Nous pensons que la matière mériterait d'être repensée dans son ensemble en prenant l'objectif de protection du conjoint comme point de départ de la réflexion. Une telle réflexion devrait, pour notre part, inclure un examen de droit comparé pour voir comment ces questions sont abordées dans d'autres systèmes juridiques.