

Confirme le jugement entrepris et condamne l'appelante aux dépens d'appel liquidés pour l'intimée à 1.320 €.

(...)

Note – La modification du régime matrimonial pour échapper aux engagements de la caution : une bonne idée ?

Introduction

1. L'arrêt de la Cour d'appel de Liège du 2 décembre 2014 traite du cas suivant : l'administrateur délégué d'une société (G.C.), marié sous le régime matrimonial de la communauté de biens, se porte caution, envers la Banque DEXIA BIL, d'emprunts contractés par sa société, la s.a. ISOLETANCHE, et ce, à diverses reprises entre le 21 avril 2005 et le 4 mai 2009.

En date du 17 décembre 2008, les époux décident de modifier leur régime matrimonial et transforment ainsi le régime de communauté de biens auquel ils étaient soumis en un régime de séparation de biens.

La s.a. ISOLETANCHE est déclarée en faillite le 6 mai 2011 et, par jugement du 28 septembre 2012 prononcé par le Tribunal de première instance de Neufchâteau, l'époux-caution est condamné à payer à la DEXIA BIL une somme de 754 527,41 €.

La question se pose alors de savoir sur quel(s) patrimoine(s) cette somme peut être recouvrée, tenant compte de la modification du régime matrimonial intervenue le 17 décembre 2008.

Afin de tenter d'éviter que ses actuels biens propres ne soient saisis, I.P., l'épouse de G.C., invoque, devant les juridictions, divers arguments :

- dans le cadre de la procédure ayant donné lieu au jugement du 28 septembre 2012, elle a sollicité, mais en vain (voir *infra*), de voir annuler les cautionnements souscrits par G.C. et ce, conformément à l'article 224 du Code civil ;
- par ailleurs, plaçant que la dette contractée par G.C. en tant que caution doit être considérée comme une dette propre à ce dernier et non comme une dette commune, I.P. prétend faire une distinction entre la naissance de la dette de la s.a. ISOLETANCHE et la conclusion des différents actes de cautionnement. En effet, selon elle, si la plupart des actes de cautionnement ont été conclus avant

la modification du régime matrimonial, les dettes garanties ne sont nées qu'après ladite modification de sorte qu'elles doivent être considérées comme propres et non comme communes.

Relativement à cet aspect des choses, elle prétend également que les conventions de crédit conclues en 2010 sont de nouvelles conventions, de sorte qu'il faut se placer au 6 décembre 2010 pour en apprécier le caractère propre ou commun.

2. Avant d'aborder la question de savoir sur quel patrimoine la dette d'un époux-caution peut être recouvrée, il convient de rappeler qu'une caution mariée dispose de plusieurs possibilités d'échapper à ses engagements.

G.C. aurait, tout d'abord, pu songer à invoquer l'excusabilité prévue aux articles 80, 81 et 82 de la loi sur les faillites¹. Néanmoins, c'eût été oublier que le failli est la s.a. ISOLETANCHE – et non G.C. qui est caution, soit une personne morale qui ne peut bénéficier de l'excusabilité, celle-ci étant en effet réservée aux seules personnes physiques².

En deuxième lieu, G.C. aurait pu solliciter d'être déchargé de ses engagements de caution sur pied de l'article 80, alinéa 3, de la loi sur les faillites. Toutefois, le caractère gratuit de l'engagement de la caution est requis pour l'octroi de cette décharge. Par un arrêt du 26 juin 2008, la Cour de cassation a défini le caractère gratuit comme « *le fait que celui qui s'est constitué sûreté personnelle ne peut retirer aucun avantage économique, tant directement qu'indirectement, de cette constitution* »³. Or, en l'occurrence, G.C. promérait l'intégralité de ses revenus de la s.a. ISOLETANCHE. Dès lors, son engagement ne pouvait être qualifié de gratuit et il ne pouvait, par conséquent, bénéficier de la décharge prévue par l'article 80, alinéa 3, de la loi sur les faillites.

Enfin, la dernière possibilité ouverte aux époux était, pour I.P., de demander l'annulation du cautionnement contracté par son époux conformément à l'article 224 du Code civil selon lequel « § 1. Sont annulables à la demande du conjoint et sans préjudice de l'octroi de dommages et intérêts : [...] 4. les sûretés personnelles données par l'un des époux et qui mettent en péril les intérêts de la famille ». I.P. n'a pas laissé passer sa chance mais son action a été rejetée, vraisemblablement, au vu du dépassement du délai d'un an prescrit par le deuxième paragraphe de l'article 224⁴. Nous rappelons en effet que l'action en annulation doit être

1. D. PASTEGGER, « Le point sur la libération des proches du débiteur failli ou sursitaire : en attendant Godot », *R.D.C.*, 2014, p. 649.

2. Art. 81, L.F. ; D. PASTEGGER, *op. cit.*, p. 650.

3. Cass., 26 juin 2008, *J.L.M.B.*, 2009, pp. 720 et 722.

4. V. DE FRANQUEN, « Quand le cautionnement consenti par un seul des conjoints est-il annulable ? », *R.G.D.C.*, 2000, p. 159 ; I. 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 »,

note sous Bruxelles, 13 juin 2002, *Div. Act.*, 2003, p. 92 ; A. DE WILDE, « Octroi de crédit aux personnes mariées », in *Les régimes matrimoniaux*, Waterloo, Kluwer, 2015, p. TVIII.2-8 ; F. T'KINT, « Le cautionnement, au regard de la jurisprudence récente de la Cour de cassation », in *Le point sur le droit des sûretés*, Liège, Formation permanente CUP, 2000, p. 17 ; F. TAINMONT, « L'acte de cautionnement posé par un époux dans le cadre de son activité professionnelle et la mise en péril des intérêts de la famille », note sous Mons, 16 septembre 1998, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 238.

introduite dans l'année de la prise de connaissance de l'acte par le conjoint⁵.

Toutes ces possibilités étant, dans le cas d'espèce, vouées à l'échec, G.C. et I.P. n'ont pas baissé les bras et ont tenté de trouver une parade par la modification de leur régime matrimonial. Cette tentative ne fut pas plus fructueuse, la Cour d'appel de Liège confirmant le jugement prononcé par le juge des saisies le 20 août 2013 et considérant, dès lors, que la DEXIA BIL pouvait saisir les biens alors propres de I.P.

Dans le cadre de cette contribution, nous aborderons plusieurs questions. Il s'agira tout d'abord de savoir si la dette résultant de l'engagement de caution de G.C. doit être considérée comme propre ou commune et de déterminer les droits d'exécution des créanciers en fonction du caractère propre ou commun de la dette. Dans un deuxième temps, nous nous interrogerons sur les droits des créanciers lors de la modification du régime matrimonial adopté par la caution et son époux(se). Enfin, et brièvement, nous rappellerons les principes en matière de cautionnement pour dettes futures.

1. Le caractère propre ou commun de la dette de la caution et l'étendue des droits d'exécution des créanciers

3. Le cautionnement est un « *contrat par lequel une personne, dénommée caution, s'engage sur tout son patrimoine à payer la dette d'autrui* »⁶. Il y a toutefois deux nuances à apporter.

Premièrement, nous rappelons qu'il y a lieu de distinguer le cautionnement personnel du cautionnement réel. La personne s'engageant en qualité de caution réelle n'engage, en effet, pas l'intégralité de son patrimoine, au contraire de celle qui s'engagerait en qualité de caution personnelle. Dans le cas d'une caution réelle, un tiers consent une sûreté réelle (gage, hypothèque) sur un bien déterminé de son patrimoine en vue de garantir la dette du débiteur⁷. Il s'agit donc d'une sûreté hybride qui tient son caractère réel du fait que la sûreté accordée au créancier est une sûreté réelle et qui tire sa dénomination de « caution » du fait qu'une personne s'engage pour la dette d'autrui⁸. Malgré ce caractère réel, la Cour de cassation précise que les règles en matière de cautionnement personnel s'appliquent à la caution réelle si ces règles sont conc-

liables avec la nature de cette dernière⁹.

En second lieu, la caution peut, dans tous les cas, plafonner son engagement. Dans ce cas, la caution limite son engagement à un maximum déterminé¹⁰. Il est fait référence à cette possibilité à l'article 2013, alinéa 2, du Code civil¹¹. Toutefois, cette limitation ne rend pas les biens insaisissables mais permet simplement de limiter le risque qu'encourt la caution.

Ceci étant précisé, c'est néanmoins le caractère propre ou commun de la dette de la caution qui détermine le(s) patrimoine(s) sur le(s)quel(s) s'étendent les droits d'exécution des créanciers¹².

Le principe est le suivant : lorsque les époux sont mariés sous le régime de la communauté de biens, à savoir le régime légal, les biens et les dettes sont communs alors que, lorsque les époux sont mariés sous le régime de la séparation de biens, les biens et les dettes sont propres à l'un ou l'autre des époux.

a. Dans le régime légal

4. Ce régime est fondé sur l'existence de trois patrimoines : le patrimoine commun et le patrimoine propre de chacun des époux¹³. Au vu des articles 1405, 4 et 1408, dernier tiret, du Code civil, il existe une présomption de communauté tant en ce qui concerne les biens qu'en ce qui concerne les dettes : en effet, les biens et/ou dettes sont communs, sauf à prouver qu'ils sont propres.

Les articles 1406 et 1407 du Code civil énoncent les exceptions à cette présomption de communauté. Plus spécifiquement, l'article 1407, 2^e tiret, du Code civil précise que « *Sont propres : les dettes résultant d'une sûreté personnelle ou réelle donnée par un des époux dans un intérêt autre que celui du patrimoine commun* ».

Le cautionnement est une sûreté personnelle et le cautionnement octroyé par un des époux est donc indéniablement visé par cet article.

Pour certains auteurs, la dette résultant d'une sûreté tombera dans le champ d'application de l'article 1407 et sera donc considérée comme une dette propre lorsqu'elle a été, même partiellement, donnée dans un intérêt autre que celui du patrimoine commun¹⁴. Tan-

5. *Ibid.*

6. Souligné par nous ; P. JOISTEN, « Sûretés personnelles », in *Guide de droit immobilier*, Waterloo, Kluwer, 2015, p. V.1.1-1.

7. P. JOISTEN, *op. cit.*, p. V.1.1-3 ; F. T'KINT, « Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers », 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2004, p. 357 ; M. VAN QUICKENBORNE, « Titel XIV : Borgtocht – Hoofdstuk 1 : aard en omvang van de borgtocht », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Malines, Kluwer, 2015, p. B.W. Art. 2011-18.

8. F. T'KINT, « Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers », *op. cit.*, p. 358 ; M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, p. B.W. Art. 2011-19.

9. Cass. 22 décembre 2006, *Pas.*, 2006, p. 2858 ; Cass., 29 mai 2015, *R.W.*, 2015-2016, p. 620.

10. F. T'KINT, « Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers », *op. cit.*, p. 376 ; M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, p. B.W. Art. 2013-8.

11. *Ibid.*

12. E. DIRIX, « Droits d'exécution et régimes matrimoniaux », in *Les régimes matrimoniaux*, Waterloo, Kluwer, 2015, p. TXII.1-1.

13. Art. 1398 C. civ.

14. Y.-H. LELEU et S. LOUIS, *Sociétés et régime matrimonial de communauté*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 47 ; L. RAUCENT, « Un époux peut-il se porter caution sans le consentement de son conjoint ? », in *Actuelle problemen van het notariële recht. Opstellen aangeboden aan Prof. A. De Boungne*, Anvers, Kluwer, 1985, p. 167.

dis que d'autres auteurs considèrent que la dette résultant de la sûreté ne sera propre que si elle a été exclusivement donnée dans l'intérêt du patrimoine propre¹⁵.

Nous nous rattachons à la seconde opinion et au raisonnement suivi par L. RAUCENT : à partir du moment où une sûreté est donnée (aussi) dans l'intérêt commun, elle ne l'est pas dans un intérêt autre que celui du patrimoine commun et n'est donc pas sujette à l'application de l'article 1407¹⁶.

À titre d'exemple, un époux se porte caution des engagements contractés par un de ses amis. Cette dette est contractée dans un intérêt autre que celui du patrimoine commun (cette dette est, en effet, exclusivement contractée dans l'intérêt du patrimoine de l'ami et le patrimoine commun n'en retire aucun avantage) et sera donc une dette propre.

Par contre, un époux qui se porte caution des engagements pris par la société de laquelle il retire ses revenus contractera une dette commune étant donné qu'elle est contractée tant dans l'intérêt de son patrimoine propre que dans l'intérêt du patrimoine commun (voir *infra*).

Si la dette est propre conformément à l'article 1407, 2^e tiret, du Code civil, le créancier ne pourra en poursuivre le paiement que sur le patrimoine propre de l'époux qui s'est engagé en tant que caution ainsi que sur ses revenus¹⁷.

5. Cependant, en l'espèce, la Cour d'appel de Liège avait à connaître du cas d'un cautionnement donné par un époux en garantie des engagements de la société dont il est administrateur-délégué. Or, « la dette résultant d'une sûreté consentie par un époux dans le cadre de son activité professionnelle constitue, en général, une dette commune »^{18,19}. En effet, l'on peut considérer qu'une telle dette est contractée dans l'intérêt du patrimoine commun étant donné que ce dernier bénéficie des revenus promérités par chacun des époux dans le cadre de leur profession respective²⁰. Or, si l'époux administrateur-délégué s'est porté caution des engagements pris par sa société, c'est pour permettre à cette société de prospérer, lui éviter ainsi

de décliner et permettre au patrimoine commun de s'enrichir de ses revenus.

La Cour d'appel de Liège considère que cette dette peut « être récupérée tant sur le patrimoine propre de chacun des époux que sur le patrimoine commun » et constitue, par conséquent, une dette commune parfaite.

À première vue, la Cour d'appel de Liège raisonne justement, étant donné que l'article 1414, alinéa 1^{er}, du Code civil énonce que « Le paiement des dettes communes peut être poursuivi tant sur le patrimoine propre de chacun des époux que sur le patrimoine commun ». Néanmoins, il semblerait que la Cour d'appel de Liège ait fait abstraction de la seconde partie de la disposition susdite.

En effet, l'article 1414, alinéa 2, du Code civil expose les exceptions au premier alinéa. Ce second alinéa précise que « ne peut être poursuivi sur le patrimoine propre de l'époux non contractant le paiement : [...] 3. des dettes contractées par un des époux dans l'exercice de sa profession ». Un époux, administrateur-délégué d'une société, qui se porte caution des engagements pris par cette société contracte, à l'évidence, une dette dans l'exercice de sa profession, laquelle justifie l'application du second alinéa de l'article 1414. Dès lors que les créanciers ne peuvent poursuivre le recouvrement d'une telle dette que sur le patrimoine commun et sur le patrimoine propre de l'époux contractant mais non sur le patrimoine propre de l'époux non contractant²¹, cette dette constitue une dette commune imparfaite²².

Nous pouvons donc conclure que si toutes les valeurs importantes des époux avaient été des biens propres à I.P., le changement de régime matrimonial ne se justifiait pas particulièrement. Tel n'était toutefois apparemment pas le cas en l'espèce.

b. Dans le régime de la séparation de biens

6. À la séparation des biens correspond la séparation des dettes²³. Cela signifie que, lorsque la personne qui s'est portée caution est mariée sous le régime de la séparation de biens, le créancier peut uniquement sai-

15. N. JOLY et J.-L. RENCHON, « L'incidence du mariage sur le droit des sûretés », in *Le droit des sûretés* (sous la dir. de A.-M. STRANART), Bruxelles, Édition du Jeune Barreau, 1992, p. 199 ; L. RAUCENT, *op. cit.*, p. 167.

16. L. RAUCENT, *op. cit.*, p. 167.

17. Art. 1409 C. civ. ; PH. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 102 ; S. DEGRAVE, « Liquidation des régimes matrimoniaux – Fiche n° 1 : Régime légal caractère propre ou commun des biens et des dettes/règles de gestion », *Act. dr. fam.*, 2015, p. 23 ; A. DELIÈGE, « Les rapports entre la décision d'entreprendre et le régime matrimonial », in *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, titre I, liv. 12, p. 35 ; E. DIRIX, *op. cit.*, p. TXII.1.-2 ; Y.-H. LELEU, « Le droit patrimonial des couples », in *Chroniques notariales*, vol. 48, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 177 ; N. JOLY et J.-L. RENCHON, *op. cit.*, p. 199 ; S. NUDELHOLC, « Gestion égalitaire du patrimoine commun par les deux époux et recours des créanciers », *Rev. dr. U.L.B.*, 2008, p. 107.

18. Y.-H. LELEU et S. LOUIS, *op. cit.*, p. 48.

19. Cass., 22 novembre 1990, *Pas.*, 1991, I, p. 305 ; N. JOLY et J.-L. RENCHON, *op. cit.*, p. 199.

20. A. DELIÈGE, *op. cit.*, p. 33 ; N. JOLY et J.-L. RENCHON, *op. cit.*, p. 199 ; Y.-H. LELEU et S. LOUIS, *op. cit.*, p. 48 ; Y.-H. LELEU et L. RAUCENT, « Les dettes contractées dans l'intérêt du patrimoine commun », *Rép. Not.*, t.V, liv. 2, Bruxelles, Larcier, 2002, n° 814 ; M.A. MASSCHELEIN, « De borgstelling door één van de echtgenoten », note sous Anvers, 15 mai 2007, *R.G.D.C.*, 2008, p. 444.

21. Liège, 23 mai 1989, *J.L.M.B.*, 1989, p. 1023 ; Civ. Gand (sais.), 25 février 1997, *T.G.R.*, 1997, p. 128 ; C. CUISINIER, « Quelques précisions au sujet de la conclusion d'un emprunt en régime de communauté », note sous Anvers, 13 septembre 2004, *R.G.D.C.*, 2006, p. 468 ; PH. DE PAGE, *op. cit.*, p. 110 ; S. DEGRAVE, *op. cit.*, p. 23 ; A. DELIÈGE, *op. cit.*, pp. 36 et 60 ; E. DIRIX, *op. cit.*, p. TXII.1.-4 ; N. JOLY et J.-L. RENCHON, *op. cit.*, p. 199 ; Y.-H. LELEU, « Le droit patrimonial des couples », *op. cit.*, p. 179 ; M.A. MASSCHELEIN, *op. cit.*, p. 444.

22. C. CUISINIER, *op. cit.*, p. 468 ; PH. DE PAGE, *op. cit.*, p. 110 ; A. DELIÈGE, *op. cit.*, p. 54 ; E. DIRIX, *op. cit.*, p. TXII.1.-3 ; Y.-H. LELEU, « Le droit patrimonial des couples », *op. cit.*, p. 179.

23. A. DELIÈGE, *op. cit.*, p. 45.

sur les biens qui lui sont propres²⁴ ainsi que provoquer le partage des biens indivis²⁵. Dans ce dernier cas, le créancier pourra poursuivre le paiement de sa dette, en général, sur la moitié du prix de vente²⁶.

II. La modification du régime matrimonial et les droits des créanciers

7. Ceci étant exposé, nous comprenons que, lorsque les époux décident de modifier leur régime matrimonial et passent d'un régime de communauté de biens à un régime de séparation de biens et qu'un des époux s'est porté caution dans le cadre de son activité professionnelle, les créanciers voient leurs droits d'exécution réduits. En effet, alors que dans le premier cas, ils peuvent saisir les biens propres de l'époux caution et les biens appartenant au patrimoine commun, ils ne peuvent, dans le second cas, que saisir les biens propres de l'époux caution et la moitié (en général) des biens indivis des époux.

Dès lors, il résulte de la modification de régime matrimonial opérée par G.C. et I.P. une atteinte indéniable aux droits d'exécution des créanciers.

8. C'est pourquoi le législateur a prévu, dans ce cas d'espèce, un mécanisme de protection desdits droits au sein de l'article 1440 du Code civil, lequel énonce que « *Chacun des époux répond sur l'ensemble de ses biens des dettes communes qui subsistent après le partage.*

Toutefois, chaque époux ne répond des dettes communes pour le paiement desquelles son patrimoine propre ne pouvait être poursuivi durant le mariage qu'à concurrence de ce qu'il a reçu lors du partage ». Les règles relatives au régime matrimonial antérieur restent donc d'application pour le passif y afférent²⁷.

Que se serait-il produit si le législateur n'avait pas prévu cette règle à l'article 1440 du Code civil ? Un exemple nous aidera.

– Des époux sont mariés sous le régime légal. Le mari contracte, à son nom, un abonnement de fourniture d'électricité. Cet abonnement constitue une dette commune parfaite vu qu'elle est contractée pour les besoins du ménage et ce, en vertu de l'article 1408, 2^e tiret, du Code civil. Elle peut donc être recouverte sur les trois patrimoines (art. 1414, al. 1^{er}, C. civ.). Les époux décident de modifier leur régime matrimonial et sont ainsi soumis à un régime de séparation de biens. Ils attribuent l'ensemble des anciens biens communs à l'épouse, laissant dans le patrimoine du mari la dette d'électricité. La dette d'électricité devient donc une dette personnelle au mari.

À défaut d'existence de l'article 1440, alinéa 1^{er}, du Code civil, la dette ne pourrait donc plus être poursui-

vie que sur le patrimoine propre de l'époux, à l'exclusion du patrimoine propre de l'épouse et des anciens biens communs qui se trouvent désormais dans le patrimoine personnel de l'épouse. Grâce à l'article 1440, alinéa 1^{er}, du Code civil, le remboursement de cette dette continue à pouvoir être poursuivi tant sur le patrimoine propre de chacun des époux que sur l'ensemble des anciens biens communs. Les mêmes règles restent donc d'application, le créancier pouvant poursuivre le remboursement de sa dette sur les trois patrimoines.

– Un époux contracte une dette dans le cadre de son activité professionnelle. Comme expliqué ci-avant, cette dette est une dette commune imparfaite dont le paiement ne peut être poursuivi que sur le patrimoine commun et sur le patrimoine propre de l'époux contractant, le patrimoine propre de l'époux non contractant ne pouvant pas être mis en danger. Les époux modifient leur régime matrimonial de communauté en un régime de séparation de biens et attribuent tous les anciens biens communs à l'époux non contractant. Si l'article 1440 du Code civil n'avait pas existé, les créanciers n'auraient plus pu saisir les anciens biens communs étant donné qu'ils sont désormais propres à l'époux non contractant. Grâce à l'article 1440, alinéa 2, du Code civil, les créanciers pourront poursuivre l'époux non contractant sur tous les anciens biens communs qu'il aura reçus lors du partage mais pas sur les biens qui lui étaient propres lorsque le régime matrimonial était encore celui de la communauté de biens. Les mêmes règles restent donc d'application, le créancier pouvant saisir tous les anciens biens communs et les biens propres de l'époux contractant.

9. Dans l'arrêt commenté, la Cour d'appel de Liège fait application de l'alinéa 1^{er} de l'article 1440 du Code civil. En effet, comme précisé ci-dessus (voir n° 5), la Cour d'appel de Liège considère que la dette résultant de la caution donnée par G.C. est une dette commune parfaite dont le paiement peut être poursuivi sur le patrimoine commun et sur les patrimoines propres de chacun des époux. Or, ladite dette constitue une dette commune imparfaite dont le paiement ne peut être poursuivi que sur le patrimoine commun et sur le patrimoine propre de l'époux caution.

La dette en cause étant une dette commune imparfaite, la Cour d'appel de Liège aurait dû faire application du second alinéa de l'article 1440 du Code civil. Elle aurait donc dû se demander si le(s) bien(s) saisi(s) par la banque était(en)t un (des) bien(s) commun(s) reçu(s) par I.P. lors du partage – et, dans ce cas, la banque pouvait poursuivre le paiement de sa dette à concurrence de la valeur du (des) bien(s) commun(s) reçu(s)

24. *Ibid.* ; E. DIRIX, *op. cit.*, p. TXII.2.-1.

25. A. DELIÈGE, *op. cit.*, p. 45.

26. *Ibid.*

27. *Ibid.*, p. 49.

par I.P.²⁸ – ou s’il s’agissait d’un (de) bien(s) déjà propre(s) à I.P. antérieurement au partage – et, dans ce cas, la banque n’était pas autorisée à le(s) saisir.

10. Si le législateur n’avait pas prévu ce mécanisme à l’article 1440 du Code civil, le créancier ne se serait pas pour autant retrouvé sans aucune protection.

Avant la loi du 18 juillet 2008²⁹, la modification du régime matrimonial était soumise à une homologation judiciaire, dans le cadre de laquelle le juge veillait aux droits des créanciers existants et, plus particulièrement, à l’absence d’une quelconque violation de ces droits³⁰. À l’heure actuelle, ce contrôle judiciaire n’existe plus et « *appartient désormais au notaire instrumentant* »³¹⁻³². À ce sujet, il faut noter que la modification du régime matrimonial ne porte pas, en soi, atteinte aux droits des créanciers : c’est uniquement la manière dont le partage est concrètement réalisé qui est susceptible d’y porter atteinte³³. En l’espèce, les droits des créanciers auraient été atteints si l’article 1440 du Code civil n’avait pas existé vu « *L’attribution au mari de ‘toutes les parts sociales ou actions de sociétés belges ou étrangères’ sans même que celles-ci soient identifiées ou estimées* », ce qui « *montre que le partage attribuait à l’épouse les biens communs les plus certains tandis que le mari recevait des valeurs déjà menacées, les crédits liés à la principale société visée dont ‘la santé (...) devenait de plus en plus fragile’ [...] réduisant sensiblement la valeur desdites parts* ».

11. Du temps du contrôle judiciaire, les créanciers étaient protégés par divers mécanismes :

- tout d’abord, le juge pouvait refuser l’homologation si la modification du régime matrimonial portait atteinte à leurs droits³⁴ ;
- ensuite, les créanciers pouvaient intervenir dans la procédure en vue d’assurer la sauvegarde de leurs droits et ce, jusqu’au jugement³⁵. Les créanciers intervenants pouvaient interjeter appel du ju-

gement d’homologation et les non intervenants avaient la possibilité d’introduire une tierce opposition³⁶ ;

- enfin, ils pouvaient invoquer la nullité de la procédure si les délais et/ou les publications n’avaient pas été respectés ou encore intervenir lors du partage³⁷.

Actuellement, les créanciers de l’époux caution modifiant son régime matrimonial et passant ainsi d’un régime de communauté de biens à un régime de séparation de biens peuvent demander l’annulation de l’acte modificatif dans le cas où les exigences de forme n’auraient pas été respectées, intervenir lors du partage (art. 1430 et 882 C. civ.)³⁸ et avoir recours au droit commun de l’action paulienne (art.1167 C. civ.)³⁹.

Afin de pouvoir introduire cette dernière action avec succès, il y a lieu, non seulement, de respecter le double délai de prescription de l’article 2262*bis*, § 1^{er}, alinéas 2 et 3, du Code civil étant donné qu’elle repose sur une responsabilité extracontractuelle⁴⁰ mais également de constater un appauvrissement dans le chef de l’époux débiteur, de démontrer un préjudice souffert par le créancier⁴¹ et de prouver que « *les époux se sont rendus coupables d’une fraude aux droits du créancier, entendue dans le sens où ils doivent avoir eu conscience de nuire à ce dernier* »⁴².

Il y a de fortes probabilités que cette action paulienne eût abouti dans le cas d’espèce, les époux G.C. et I.P. ayant réparti leurs biens de manière frauduleuse : en effet, « *les biens communs les plus certains* » ont été attribués à I.P., non débitrice, tandis que les « *valeurs déjà menacées* » ont été attribuées à G.C., caution.

III. Le cautionnement pour dettes futures

12. I.P., afin de tenter de faire reconnaître un caractère propre aux dettes nées du cautionnement de G.C., prétend qu’il faut faire une distinction entre la naissance de la dette contractée par la société (à savoir la

28. PH. DE PAGE et I. DE STEFANI, « La liquidation et le partage des régimes de communauté : le paiement des créanciers subsistant après le partage (Art. 1440, 1441, 1462 et 1463 C. civ.) », in *Liquidation et partage. Commentaire pratique*, Waterloo, Kluwer, 2015, p. III.1.5.-3.

29. Loi du 18 juillet 2008 modifiant la législation en ce qui concerne la modification du régime matrimonial sans intervention du tribunal et modifiant l’article 9 de la loi du 16 mars 1803 contenant organisation du notariat, *M.B.*, 14 août 2008, p. 43560.

30. PH. DE PAGE et M. VAN MOLLE, « La procédure de mutation du régime matrimonial et les droits des tiers créanciers après la loi du 18 juillet 2008 », *J.T.*, 2009, p. 186 ; W. PINTENS, « Wijziging van het huwelijksvermogensstelsel. Een commentaar op de wet van 18 juli 2008 », *R.W.*, 2008-2009, p. 951 ; M. PUELINCKX-COENE, « Benadeling van eventuele rechten van schuldeisers bij wijziging van het huwelijksvermogensstelsel ter bescherming van de belangen van het gezin », note sous Anvers, 30 mars 1988, *R.W.*, 1989-1990, p. 90 ; A. SIBIET, « Conventionele wijzigingen aan het huwelijksvermogensstelsel voortaan zonder tussenkomst van de rechtbank ! », *Not. Fisc. Maand.*, 2008, p. 280.

31. PH. DE PAGE et M. VAN MOLLE, *op. cit.*, p. 190.

32. W. PINTENS, *op. cit.*, p. 951 ; A. SIBIET, *op. cit.*, p. 280.

33. PH. DE PAGE et M. VAN MOLLE, *op. cit.*, 191 ; W. PINTENS, *op. cit.*, 952 ; M. PUELINCKX-COENE, « Benadeling van rechten van schuldeisers bij wijziging van huwelijksstelsel », note sous Civ. Anvers, 26 octobre 1986, *R.W.* 1984-1985, 1794 ; M. PUELINCKX-COENE, « Benadeling van eventuele rechten van schuldeisers bij wijziging van het huwelijksvermogensstelsel ter bescher-

ming van de belangen van het gezin », *op. cit.*, p. 89 ; K. VANWINCKELEN, « Kanttekeningen inzake de bedrieglijke benadeling van de rechten van schuldeisers en hun bescherming bij de wijziging van het huwelijksvermogensstelsel », note sous Cass., 2 mars 2001, *R.W.* 2000-2001, p. 1596 ; A. VERBEKE, « Bescherming van schuldeisers bij wijziging van huwelijksvermogensstelsel van gemeenschap van goederen naar scheiding van goederen. Een vergelijking tussen het Belgische en het Franse recht », *T. Not.* 1993, p. 95.

34. W. PINTENS, *op. cit.*, p. 951 ; A. VERBEKE, *op. cit.*, p. 98.

35. K. VANWINCKELEN, *op. cit.*, p. 1597 ; A. VERBEKE, *op. cit.*, p. 100.

36. *Ibid.*

37. A. VERBEKE, *op. cit.*, p. 101.

38. W. PINTENS, *op. cit.*, p. 952.

39. *Ibid.*, p. 953 ; PH. DE PAGE et M. VAN MOLLE, *op. cit.*, p. 191 ; A. SIBIET, *op. cit.*, p. 281.

40. Cass., 26 avril 2012, *R.C.J.B.*, 2015, p. 955, note P. WÉRY ; PH. DE PAGE et M. VAN MOLLE, *op. cit.*, p. 192.

41. PH. DE PAGE et M. VAN MOLLE, *op. cit.*, p. 192 ; P. WÉRY, « L’action paulienne : sa nature juridique et ses rapports avec la réparation en nature en matière extracontractuelle », note sous Cass., 26 avril 2012, *R.C.J.B.*, 2015, p. 71.

42. PH. DE PAGE et M. VAN MOLLE, « La procédure de mutation du régime matrimonial et les droits des tiers créanciers après la loi du 18 juillet 2008 », *J.T.*, 2009, p. 192.

dette garantie) et la conclusion des différents cautionnements : selon elle, quand bien même les cautionnements ont été conclus avant la modification du régime matrimonial, les dettes garanties ne sont nées que postérieurement à ladite modification et doivent donc revêtir un caractère propre.

La Cour d'appel de Liège considère, au contraire, que la dette de G.C. est commune car « l'obligation de la caution existe dès la souscription de l'acte de cautionnement et ne dépend pas de la naissance de la dette garantie ni de sa liquidité ».

13. L'argument avancé par I.P. ne tient, en effet, pas la route : lorsque les cautionnements ont été conclus, ils garantissaient des crédits déjà consentis à la s.a. ISOLETANCHE. La dette garantie était donc déjà née au moment de la conclusion des actes de cautionnement.

Il semble donc qu'I.P. ait fait un amalgame entre la notion de dette future et la notion de dette existante mais non encore exigible.

L'amalgame réalisé par I.P. est, dans ce cas, difficilement compréhensible. Il existe néanmoins des cas dans lesquels cet amalgame se comprend plus aisément, notamment lorsque la dette garantie est une dette à prestations successives⁴³. Nous songeons à l'exemple du contrat de bail : le locataire doit, tous les mois, payer le loyer au bailleur. Si le bailleur exige l'engagement d'une caution, cette caution ne sera pas donnée pour une dette future mais bel et bien pour une dette actuelle⁴⁴. En effet, au moment de l'engagement de la caution, la dette existe déjà mais devra être payée à chaque échéance : avant la date d'échéance du loyer, ledit loyer n'est pas exigible. Il s'agit donc d'une dette existante mais non encore exigible, tout comme dans l'arrêt annoté.

Il y a donc lieu de faire une distinction entre l'existence de la dette et son exigibilité. Une dette future est une dette qui n'existe pas au moment de la constitution de la sûreté et qui n'est, par conséquent, pas exigible. À l'inverse, la dette garantie par le cautionnement de G.C. existait lors de la souscription dudit cautionnement. Elle n'était, tout simplement, pas encore exigible à ce moment.

14. Même dans le cas où la dette garantie aurait été une dette future, le raisonnement de la Cour d'appel de Liège est correct. Après des hésitations dues au caractère accessoire du cautionnement⁴⁵, il est acquis que le cautionnement pour dettes futures est admis⁴⁶ si la dette cautionnée est déterminée ou, à tout le moins, déterminable^{47, 48}. En effet, « l'obligation de sûreté a son existence propre, indépendante de l'existence de l'obligation principale »⁴⁹ car l'existence de l'obligation de sûreté, c'est-à-dire du contrat accessoire, est indépendante de l'existence de l'obligation principale⁵⁰. Néanmoins, ce contrat accessoire ne pourra être mis à exécution que si l'obligation principale existe et est exigible⁵¹. Il convient donc de distinguer l'existence de l'exécution du contrat accessoire : « le contrat accessoire ne nous paraît pas en réalité dépendre dans son existence du contrat principal. Il nous paraît seulement en dépendre en ceci qu'il ne peut être exécuté [...] qu'autant que le contrat principal existe »⁵².

En France, la validité du cautionnement pour dettes futures s'explique par la distinction faite entre obligation de couverture – certaine et immédiate – et obligation de règlement – éventuelle et future⁵³. L'obligation de couverture naît dès la conclusion du cautionnement : la caution couvre le risque encouru par le créancier tandis que l'obligation de règlement ne naîtra qu'à la naissance d'obligations exigibles à charge du débiteur principal^{54, 55}.

L'obligation de la sûreté et donc, la dette de la caution, existant dès la naissance du contrat de cautionnement – indépendamment de l'existence ou non de l'obligation principale, il n'est que normal qu'en l'espèce, la dette contractée par l'époux caution dans le cadre de son activité professionnelle soit considérée comme étant une dette commune et non comme une dette propre, dette commune dont le remboursement peut, après le partage, être poursuivi, en vertu de l'article 1440 du Code civil, sur tous les anciens biens communs et les anciens biens propres de l'époux contractant mais non sur les anciens biens propres de l'époux non contractant selon que la dette est commune parfaite ou commune imparfaite.

En l'espèce, la modification du régime matrimonial date du 17 décembre 2008 et les actes de cautionne-

43. M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, p. B.W. Art. 2011-34.

44. *Ibid.*

45. F. T'KINT, « Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers », *op. cit.*, p. 108 ; F. T'KINT et W. DERIJCKE, « Une caution n'est pas l'autre : sévérité jurisprudentielle passée dans l'attente d'une bienveillance législative à venir (?) », *R.D.C.*, 2002, p. 423.

46. F. T'KINT, « Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers », *op. cit.*, p. 370.

47. Cass., 28 mars 1974, *Pas.*, I, 1974, p. 766 ; Civ. Bruxelles, 24 janvier 1989, *R.G.D.C.*, 1990, p. 84 ; Civ. Charleroi, 24 septembre 1999, *J.L.M.B.*, 2000, p. 775 ; Cass., 27 octobre 2000, *R.W.*, 2001-2002, p. 24.

48. L. SIMONT et A. BRUYNEEL, « Le cautionnement donné en garantie de toutes les obligations d'un débiteur envers son créancier », note sous Cass., 7 janvier 1972 et Bruxelles, 23 février 1973, *R.C.J.B.*, 1974, p. 217 ; M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, p. B.W. Art. 2011-29.

49. Bruxelles, 25 février 1972, *J.T.*, 1972, p. 246.

50. L. SIMONT et A. BRUYNEEL, *op. cit.*, p. 214 ; M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, p. B.W. Art. 2011-34.

51. *Ibid.*

52. L. SIMONT et A. BRUYNEEL, *op. cit.*, p. 214.

53. A. LIMPENS, « Le cautionnement de dettes futures donnerait-il naissance en droit belge à une obligation de couverture ? », note sous Mons, 14 janvier 1997, *R.C.J.B.*, 2001, p. 147 ; F. T'KINT, « Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers », *op. cit.*, p. 371 ; F. T'KINT et W. DERIJCKE, *op. cit.*, p. 424.

54. F. T'KINT et W. DERIJCKE, *op. cit.*, p. 424.

55. Pour plus d'informations concernant cette théorie et son application en droit belge, voir A. LIMPENS, *op. cit.*, pp. 144 et s.

ment ont été souscrits en 2005, 2007, 2008 et 2009. C'est donc à juste titre que la Cour d'appel de Liège qualifie toutes les dettes résultant de ces actes de cautionnement de communes, à l'exception de celle résultant de l'acte conclu en 2009. En effet, les obligations de la caution sont nées à la date de la conclusion du contrat de cautionnement. Or, la modification du régime matrimonial n'est opposable aux tiers qu'à dater de sa publication au *Moniteur Belge* et la qualification des dettes antérieures impayées n'est pas affectée par cette opposabilité, laquelle n'affectera que la qualification des dettes contractées postérieurement⁵⁶. De ce fait, les dettes antérieures au 17 décembre 2008 sont communes et celle qui y est postérieure est propre.

Conclusion

15. Le cas soumis à la Cour d'appel de Liège met deux dangers en exergue. Premièrement, le cautionnement est un contrat « à effet retardateur », dont l'exécution n'est qu'éventuelle, celle-ci ne se produisant qu'en cas de défaut de paiement du créancier principal. Ainsi, les personnes souscrivant un engagement de caution ne se rendent pas toujours compte de l'ampleur de l'engagement qu'elles acceptent d'assumer. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le législateur a adopté la loi du 3 juin 2007⁵⁷ mais dont le champ d'application est toutefois très restreint. Deuxièmement, le régime matrimonial de la communauté de biens présente, certes, des avantages mais également des inconvénients. Bien souvent, les époux soumis au régime légal raisonnent comme s'ils étaient mariés sous le régime de la séparation de biens et ne se rendent pas compte que les engagements contractés par leur conjoint les engagent bien souvent également.

Dans le cas d'espèce, vu le cautionnement contracté par un des époux pour les engagements de la société dont il est administrateur-délégué et l'impossibilité de se soustraire à cet engagement (rejet de l'action sur base de l'article 224 du Code civil, impossibilité d'invoquer l'excusabilité ou la décharge pour cautionnement à titre gratuit), les époux ont tenté de trouver une échappatoire par la modification de leur régime matrimonial et le passage d'un régime matrimonial de communauté de biens à un régime de séparation de biens, espérant ainsi limiter les droits de poursuite de leur créancier.

En effet, sous le régime légal, le créancier (la banque) est en droit de poursuivre le remboursement d'une dette commune imparfaite sur le patrimoine commun ainsi que sur le patrimoine propre de l'époux contractant tandis que ses droits se trouvent limités aux biens

propres de l'époux contractant ainsi qu'en général, à la moitié de la valeur des biens indivis lorsque les époux ont fait choix du régime matrimonial de la séparation de biens.

Toutefois, et bien heureusement, le législateur a prévu une protection pour les créanciers se trouvant face à ce cas de figure à l'article 1440 du Code civil. Grâce à ce dernier, la banque ne voit pas ses droits limités, cet article prévoyant que les dettes communes subsistant après le partage peuvent être poursuivies sur les mêmes biens que ceux sur lesquels elles pouvaient l'être avant ledit partage.

La Cour d'appel de Liège a cependant raisonné trop rapidement et n'a pas eu l'attention attirée sur le fait que la dette dont elle avait à connaître était une dette commune imparfaite – vu l'article 1414, alinéa 2, du Code civil – et non une dette commune parfaite. La Cour aurait donc dû se demander si le(s) bien(s) sur le(s)quel(s) la banque poursuivait l'exécution de ses droits étai(en)t un (des) bien(s) anciennement commun(s) ou un (des) bien(s) qui étai(en)t, déjà avant le partage, propre(s) à l'épouse non contractante, auquel cas la banque ne pouvait pas saisir lesdits biens.

Dans le cas où cet article 1440 du Code civil n'aurait pas existé, la banque aurait pu avoir recours à l'action paulienne prévue par l'article 1167 du Code civil et aurait, vraisemblablement, également obtenu gain de cause sur ce pied-là.

La Cour d'appel de Liège rappelle enfin à juste titre que l'existence du contrat de cautionnement est indépendante de l'existence de l'obligation principale et que l'obligation – c'est-à-dire la dette – de la caution existe dès la souscription de ce contrat. La dette souscrite par l'époux caution est donc une dette commune et non une dette propre.

Force est donc de constater que, dans le cas d'espèce, le législateur a mis toutes les chances du côté des créanciers et que l'époux non contractant marié en régime de communauté de biens est donc soumis au grand risque d'être tenu des dettes contractées par son conjoint-caution, sauf à faire annuler ledit cautionnement par l'invocation de l'article 224 du Code civil. Encore faut-il, pour ce faire, avoir introduit l'action dans le délai relativement limité prévu par cet article...

Albane TOUSSAINT

Assistante au Centre de droit privé de l'UCL

Avocat au Barreau de Mons

56. Civ. Gand (sais.), 25 février 1997, *T.G.R.*, 1997, p. 128 ; Y.-H. LELEU, « Examen de jurisprudence (1997 à 2005). Régimes matrimoniaux », 2^e partie, *R.C.J.B.*, 2007, p. 122.

57. Loi du 3 juin 2007 relative au cautionnement à titre gratuit, *M.B.*, 27 juin 2007, p. 35012.