Le banquier, le cautionnement et le couple

Comment éviter les pièges d'un trio infernal ?

Jeanne Grillot
Juriste de banque

Marc Saint-Cène
Avocat au Barreau de Paris
DESS de l'Université de droit de Paris
Associé de la SCP Courtois Lebel & Associés

Le cautionnement donné par une personne physique est, en France, une sûreté simple, donc répandue. Son efficacité dépend de l'importance du patrimoine de la caution. Si cette caution vit en couple, et surtout si elle est mariée, les poursuites sur ce patrimoine seront affectées par les règles des régimes matrimoniaux. Le Pacs impose aussi un nouvel examen des règles. Pour obtenir une caution qui soit efficace, il est essentiel de bien connaître ces dispositions et les moyens de déjouer les fraudes.

En dépit des attaques dont il est l'objet, le cautionnement est un type de garantie d'autant plus apprécié qu'il est simple à constituer et peu onéreux. Pour le banquier, il est facile à demander et à recevoir. Pour le débiteur, il est facile à donner.

Pour le banquier, c'est aussi le moyen de responsabiliser le chef d'entreprise qui garantit la société commerciale qu'il anime ou encore de responsabiliser l'emprunteur dont la capacité de remboursement n'est pas totalement assurée en l'incitant à demander le cautionnement de parents ou de proches. De plus, il est peu affecté par les procédures collectives du débiteur principal. C'est ce qui explique que le cautionnement reste une garantie courante dans le domaine du crédit bancaire.

Cependant, le banquier doit faire preuve de prudence et de discernement car un cautionnement recueilli sans connaître précisément non seulement, bien sûr, la situation financière mais également la situation juridique de la caution, peut conduire à de graves désillusions lorsque la caution est une personne physique vivant en couple, qu'elle soit mariée ou non.

Le bénéficiaire d'un cautionnement n'est a priori qu'un créancier du couple comme les autres. Il dispose donc d'un droit de gage général sur l'ensemble du patrimoine de ce couple et des individus qui le composent, conformément aux articles 2092 et 2093 du code civil (CC).

Cependant, en raison des dangers que recèle ce type d'engagement, le cautionnement a fait l'objet d'interventions de plus en plus nombreuses de la part de la Loi et de la jurisprudence tendant à assurer une meilleure protection de la caution.

Il s'agit en effet d'un engagement d'une nature particulière dans la mesure où il tend à faire supporter par la caution la dette d'autrui. Dans cette mesure la caution n'a pas forcément pleine conscience de la portée de son engagement au moment de la souscription.

Le cautionnement est souvent perçu comme un engagement sans conséquence puisque hypothétique : la caution a le sentiment que le créancier s'adressera d'abord au débiteur principal avant de se tourner vers lui. Il ne lui demandera, pense-t-il, que ce qu'il n'aura pas pu obtenir du débiteur garanti. C'est évidemment faux en cas d'engagement solidaire, ce qui est de loin le cas le plus fréquent.

La mise en œuvre de son engagement se révèle souvent dramatique pour la caution : elle agit un peu comme une bombe à retardement dont il est d'autant plus pénible de supporter les effets que l'intérêt de la caution à la dette du débiteur principal est ou est devenu au fil du temps plus ou moins lâche ou indirect.

Cela explique l'importance croissante et constante du contentieux du cautionnement devenu un champ d'effervescence par l'intervention du législateur et de la jurisprudence qui cherchent à renforcer la protection de la famille même si, en l'état, cette protection ne s'applique qu'à la famille légitime, c'est-à-dire à celle issue de couples mariés (voir sur ce point Michel Cabrillac et Christian Mouly, «Droit des sûretés», *Litec* 1997 p. 128 n° 138 et s.).

Les agents d'un établissement de crédit chargés de recueillir les garanties doivent donc, non seulement avoir une bonne connaissance des règles qui gouvernent le cautionnement, mais aussi de leur application au droit du couple.

Il s'agit bien évidemment, et avant tout, du couple marié mais également du couple de concubins dont la fréquence est allée grandissante ces dernières années (1).

En principe, aucune conséquence juridique ne découle de la situation de concubinage, mais économiquement rien n'interdit à un prêteur de deniers de prendre en considération cette situation pour évaluer la capacité de remboursement de l'emprunteur et par conséquent solliciter soit un engagement conjoint des concubins, soit un cautionnement de son concubin en faveur de l'emprunteur.

Ces questions viennent d'être renouvelées par le vote et l'entrée en vigueur (sans même attendre les décrets d'application) de la loi 99.994 du 15 novembre 1999 sur la création d'un Pacte civil de solidarité (Pacs) permettant à

deux personnes majeures non mariées, mais quelque soit le sexe, d'organiser leur vie commune.

Juridiquement, il est donc nécessaire de connaître le régime matrimonial du couple car il a des conséquences sur l'efficacité de la garantie (**I**) mais il faut également garder présent à l'esprit les règles ou principes qui font obstacle à la mise en œuvre du cautionnement sur ce patrimoine (**II**).

Enfin, dans l'éventualité et à l'heure de la mise en œuvre de ce cautionnement, l'établissement de crédit créancier doit savoir qu'il n'est pas toujours complètement désarmé en présence de certaines dispositions qui peuvent avoir été prises par le couple afin de faire échec à l'efficacité de ses droits (**III**).

I Le patrimoine de la caution vivant en couple

Lorsqu'il demande le cautionnement d'une personne physique, le banquier devra se préoccuper de la consistance de ce patrimoine mais aussi de la liberté dont dispose la caution pour engager ce patrimoine lorsque cette caution ne vit pas seule.

Il faut bien entendu tout d'abord poser la question de savoir si cette personne est mariée et en obtenir la justification par un acte d'état civil récent et à jour. Des conséquences patrimoniales sont directement attachées au simple état de mariage en droit français et dans la plupart des droits étrangers.

Dans le cas d'étrangers ou d'époux français mariés à l'étranger, il faut se garder de croire que le droit français leur est systématiquement applicable. Il faut rechercher quelle est la loi à laquelle est soumis leur patrimoine selon les principes du Droit international privé, ce qui peut conduire à des investigations d'une certaine subtilité ou complexité et nécessiter la vérification du contenu de la loi étrangère si c'est elle qui gouverne le patrimoine du couple (2).

Hors le mariage, aucune conséquence juridique n'est attachée à la simple cohabitation. Seul le concubinage lorsqu'il est établi entraîne quelques conséquences juridiques dans la législation actuelle. On en dira quelques mots.

En ce qui concerne le couple marié, l'état de mariage laisse aux époux une certaine liberté pour aménager la manière dont sera traité leur patrimoine tant entre eux que vis-à-vis des tiers puisque, à côté du régime légal applicable aux époux mariés sans contrat, il existe la possibilité d'adopter des régimes conventionnels spécifiques opposables aux tiers dans la mesure où leurs dispositions ne sont pas illicites. La question se posera donc de vérifier si la caution est mariée sans contrat ou au contraire avec contrat de mariage.

A La caution mariée sans contrat

Le régime légal qui s'applique est actuellement le régime de communauté traité par les articles 1400 et suivants du code civil tels qu'ils résultent de l'importante réforme effectuée par la loi du 13 juillet 1965 entrée en vigueur le 1er février 1966 et sensiblement modifiée par la loi du 23 décembre 1985, elle-même entrée en vigueur le 1er juillet 1986.

Le législateur de 1965 a en fait adopté un régime légal conventionnel proche de l'ancien régime conventionnel de communauté réduite aux acquêts qui paraissait de loin le régime le plus équilibré et le mieux adapté à l'immense majorité des couples ; l'idée dominante est que les biens acquis par les époux à partir de la date de leur mariage sont communs tout en réservant au bénéfice exclusif de chaque époux les biens dont il était propriétaire avant le mariage ou qu'il recevra par succession ou donation.

L'autre grande innovation de la loi de 1965 est d'avoir introduit la mutabilité des régimes matrimoniaux, c'est-à-dire la possibilité, sous certaines conditions, d'en changer. Auparavant, si les époux pouvaient, pour des besoins légitimes mais impérieux changer de régime matrimonial, ils n'avaient pas d'autre solution que de divorcer et se remarier avec un autre régime ou encore de demander une séparation de corps entraînant une séparation de biens.

Cela étant, l'ancien régime légal survit pour tous les époux mariés sans contrat avant la réforme de 1965. Il faut donc prêter attention à la date à laquelle la caution s'est mariée puisque, selon la date du mariage, l'on peut se trouver en présence de différentes situations.

1. Les époux mariés sans contrat préalable avant le 1er février 1966

La caution reste alors soumise à l'ancien régime de communauté de meubles et d'acquêts. Il n'y a donc en principe rien de changé pour les époux mariés antérieurement à la réforme, sauf certaines dispositions qui leur sont malgré tout applicables : ainsi les époux ont pu reprendre la jouissance de leurs propres mais sont soumis au droit nouveau en tout ce qui concerne l'administration des biens communs, des biens réservés et des biens propres (art. 10 de la loi du 16 juillet 1965).

On observera que la production des pièces d'état civil révèlera peut-être que les époux de «l'ancien régime» ont utilisé la faculté que leur offrait à titre transitoire de changer de régime matrimonial sans contrôle judiciaire mais uniquement pour adopter le nouveau régime légal ou encore modifier leur régime matrimonial par l'adoption d'une clause d'acquisition ou d'attribution de biens propres au profit du conjoint survivant (art. 16 et 20 de la loi). Les époux avaient jusqu'au 31 décembre 1967 pour accomplir cette formalité.

2. La caution mariée sans contrat entre le 1er février 1966 et le 1er juillet 1986

C'est le nouveau régime matrimonial de communauté réduite aux acquêts qui s'applique de plein droit étant observé que la loi du 1985 lui est applicable, en quelque sorte rétroactivement, lorsqu'il s'agit des règles de gestion de la communauté qui ont été modifiées par cette dernière loi.

3. La caution mariée après le 1er juillet 1986

Le régime légal de la loi de 1965 et de sa réforme de 1985 lui est entièrement applicable.

Voilà les trois types de situations les plus courantes de régime matrimonial légal pour les cautions mariées sans contrat. Exceptionnellement toutefois on peut se trouver en présence du cas très particulier des ressortissants des départements d'Alsace-Lorraine annexés par l'Allemagne après la guerre de 1870 et pendant l'annexion de fait lors de la deuxième guerre mondiale (Haut-Rhin, Bas-Rhin et Moselle) qui doit en raison de son originalité faire l'objet d'une attention particulière (3).

Lorsque la caution est mariée sans contrat et que par conséquent le régime légal de communauté s'applique entièrement, ce qui sera très généralement le cas à l'exception des quelques situations très particulières évoquées ci-dessus, la situation qui en découle est relativement simple. Le banquier aura simplement à déterminer quel est l'actif et le passif de la communauté de façon à déterminer la consistance de son droit de gage général.

• ***Du point de vue de l'actif.*** Le principe est que tous les biens acquis par les époux ensemble ou séparément durant le mariage provenant de leurs revenus personnels ou des économies faites sur les revenus de leurs biens propres, constituent un bien commun (art. 1401 du CC)

Tous les biens meubles et immeubles acquis au cours du mariage sont présumés constituer un bien commun, sauf preuve contraire.

Si le bien ne fait pas foi par lui-même de son origine de bien propre à l'un des époux, la preuve devra être faite par écrit et à défaut d'inventaire ou d'autre preuve préconstituée, seront pris en considération les titres de famille, les registres, les papiers domestiques, documents ou factures, voire les témoignages ou des présomptions s'il apparaît que l'un des époux a été dans l'impossibilité matérielle ou morale de se procurer un écrit (art. 1402 du CC). Il est important de noter que la présomption posée par l'article 1402 du code civil joue en faveur des époux mais également en faveur des tiers. Les créanciers peuvent invoquer ces présomptions et même fournir la preuve contraire par tout moyen.

A ce principe que les biens possédés par le couple dépendent de la communauté, il existe une série d'exceptions que l'on appelle les biens «propres», c'est-à-dire :

• les biens dont les époux avaient la propriété ou la possession avant le mariage ou qu'ils ont acquis pendant le mariage par succession, donation ou legs, sauf si la libéralité stipule que les biens appartiendront à la communauté ou ont été faits aux époux conjointement (art. 1405 du CC) ;

• les biens abandonnés ou cédés par les ascendants à l'un des époux soit pour le remplir de ses droits, soit encore pour payer les dettes du donateur à des tiers (art. 1420 du CC) ;

• les biens considérés comme «propres» par nature même s'ils ont été acquis après le mariage, c'est-à-dire les effets personnels, les créances en réparation de dommage corporel ou moral, les créances ou pensions incessibles, et plus généralement tous les biens qui ont un caractère personnel, tous les droits attachés à la personne ;

• les biens servant d'instrument de travail nécessaire à la profession d'un des époux, à moins qu'il ne soit l'accessoire d'un fonds de commerce ou d'une exploitation faisant elle-même partie de la communauté (art. 1404 du CC) ;

• les biens acquis à titre accessoire d'un bien propre (art. 1406 du CC) ;

• les créances ou indemnités qui remplacent des biens propres, par exemple une indemnité d'assurance compensant la perte d'un bien propre ;

• les biens acquis en emploi ou en remploi, c'est-à-dire en réutilisation de biens propres que l'un des époux aurait vendu pendant le mariage (art. 1406 alinéa 2 du CC) sous réserve de l'application des dispositions et des formalités de l'article 4434 du code civil (voir l'art. 1435 s'il s'agit d'un remploi par anticipation) ;

• les biens acquis en échange de biens qui appartenaient en propre à l'un des époux ;

• l'acquisition par un époux d'un droit indivis dans le cadre d'un partage, d'une licitation, d'un échange, d'une vente d'une partie d'un bien dont il était déjà copropriétaire indivis.

Dans ces cas le bien acquis ne tombe pas en communauté mais bien entendu une récompense est due à la communauté si l'acquisition a été financée à l'aide de fonds communs (art. 1408 du CC).

Enfin toutefois, les revenus des biens propres non consommés tombent en communauté, sauf récompense, c'est-à-dire indemnisation de l'époux à qui appartient le bien propre générateur de revenus au moment de la dissolution de la communauté.

Il est d'usage, et en tout cas de pratique très répandue dans les établissements de crédit, d'établir une fiche de renseignements sur la consistance du patrimoine de la caution. Il est prudent que les renseignements ainsi recueillis de la bouche de la caution soient consignés par écrit et signés par elle. Il ne faut pas se cacher cependant que selon la nature des biens il sera difficile de vérifier l'exactitude des déclarations.

Lorsqu'il s'agit de biens immobiliers, il est alors facile de demander à la caution de produire ses titres de propriété et d'en prendre photocopie, et de vérifier en s'adressant à la Conservation des hypothèques territorialement compétente, que le bien figure toujours dans le patrimoine de la caution et qu'il n'est pas déjà grevé de droits réels.

En revanche, lorsqu'il s'agit de biens meubles, la vérification de la sincérité des déclarations de la caution sera plus difficile et plus aléatoire. Comment par exemple savoir si une collection de tableaux de valeur constitue un bien commun ou au contraire un bien propre de l'autre conjoint ? Il ne sera pas toujours loisible au banquier d'effectuer dans ce domaine des investigations poussées et surtout fiables.

Même si le conjoint de la caution ne s'engage pas personnellement, peut-être est-il utile d'obtenir de lui qu'il cosigne la déclaration de la caution à propos de la consistance de son patrimoine de manière à pouvoir engager sa responsabilité ou résister à ses prétentions si d'aventure, par la suite, ce même conjoint venait prétendre que les biens déclarés communs ou propres par l'autre conjoint étaient en réalité ses propres.

• ***Du point de vue du passif.*** Les dettes contractées par les époux pendant le mariage «tombent en communauté» c'est-à-dire peuvent être poursuivies sur l'ensemble des biens communs. Tel est le principe

Il reste qu'il y a un certain nombre de réserves et d'exceptions selon la nature ou l'origine de la dette. Sont toujours des dettes communes celles contractées par l'un des époux, même agissant seul, du moment qu'elles l'ont été pour l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants, c'est-à-dire en fait toutes les dépenses de la vie courante ou les engagements de dettes concernant les dépenses courantes, à condition que les dépenses ou les engagements ainsi pris ne soient pas disproportionnés eu égard au train de vie du ménage, à l'utilité ou à l'inutilité de l'opération ou de l'engagement. Il faut aussi tenir compte de la bonne ou mauvaise foi du cocontractant (art. 220 alinéa 2 du CC).

Lorsque l'on se trouve dans ces hypothèses de dépenses courantes, même les biens propres de l'autre conjoint sont concernés et non pas seulement les biens communs puisqu'il y a entre les époux solidarité pour ce genre de dettes (art. 1409 du CC qui renvoie à l'art. 220 du même code).

Enfin, la loi protège les gains et salaires des époux. Aux termes de l'article 1414 du code civil les gains et salaires de chacun des époux ne peuvent faire l'objet de poursuites par les créanciers de l'un des conjoints sur l'autre conjoint que dans l'hypothèse de l'article 220 du code civil, c'est-à-dire lorsque les dépenses ont été engagées pour l'entretien du ménage et l'éducation des enfants. Il en est particulièrement ainsi lorsque les gains et salaires sont versés sur un compte courant ou un compte dépôt, ce qui sera le cas le plus fréquent.

Aux termes de l'article 48 du décret du 31 juillet 1992, lorsqu'un compte, même joint, est alimenté par les gains et salaires d'un époux commun en biens et fait l'objet d'une

exécution forcée ou d'une saisie conservatoire pour le paiement ou la garantie d'une créance née du chef du conjoint, il est laissé immédiatement à la disposition de l'époux commun en biens, à son choix, une somme équivalant au montant des gains et salaires versés au cours du mois précédant la saisie au montant moyen mensuel des gains et salaires versés dans les douze mois précédant la saisie.

Le banquier qui recourt à une mesure de saisie conservatoire ou de saisie attribution sur les comptes bancaires de la caution, peut voir l'étendue de son droit de gage général réduite par ces dispositions.

B La caution mariée avec contrat

Dans ce cas le patrimoine de la caution est soumis à un régime dit «conventionnel», notion qui recouvre en réalité deux grandes catégories de situations.

- Ou bien il s'agit d'aménager de façon spécifique le régime de communauté légale par des clauses appropriées et dérogatoires à ce régime de base qui reste pour l'essentiel un régime de communauté ;
- Ou bien il s'agit d'adopter un régime «séparatiste» avec là aussi des variantes.

Fondamentalement, on peut donc dire qu'il existe en droit français deux grandes catégories de régimes matrimoniaux, ceux avec communauté dont bien entendu le régime légal est la forme la plus répandue et les régimes séparatistes.

Le trait commun de ces régimes dits conventionnels est qu'ils ne peuvent résulter que d'une convention notariée préalable au mariage ou postérieure au mariage mais alors ce changement ne peut s'opérer qu'avec un contrôle judiciaire préalable pour éviter les fraudes aux droits des créanciers (voir infra ce qui sera dit en partie III de la présente étude).

Contrairement à une idée reçue et répandue, il peut exister une très grande variété de clauses de régimes matrimoniaux. Il existe bien entendu une série de clauses que la loi cite expressément et aussi que la pratique notariale a fait rentrer dans les usages. Ainsi les clauses que peuvent stipuler les époux ne rentrent pas dans un moule unique.

1. Les clauses modificatives du régime de communauté

L'article 1497 du code civil permet dans un régime de communauté de convenir d'un certain nombre de dispositions qui dérogent au régime légal, les époux bénéficiant à ce sujet d'une assez grande liberté pourvu que ces clauses ne contreviennent ni aux articles 1387 (contrariété aux bonnes mœurs), 1388 (aux droits et devoirs du mariage), 1389 (l'ordre légal des successions). S'agissant d'une convention matrimoniale, elle doit être conclue dans un acte notarié.

L'article 1497 donne une liste non limitative de ces clauses que nous rappellerons de manière sommaire :

a) Clause de communauté de meubles et d'acquêts

Par cette clause, les époux conviennent que tous les biens meubles ayant appartenu en propre à chacun des époux avant le mariage ou qui leur sont échus depuis par succession ou libéralité sont communs, même si à la différence du régime légal ils n'ont pas été acquis depuis le mariage. Dans ce régime, seuls restent propres les biens qui auraient été propres par nature dans le régime légal, c'est-à-dire ceux visés par l'article 1404 du code civil (effets personnels et actions aux droits de créance exclusivement attachés à la personne et les immeubles possédés par chacun des époux avant le mariage).

En matière de meubles reçus pas succession ou libéralité, ils ne tombent cependant pas en communauté si le donateur ou le testataire a conditionné sa libéralité par une clause contraire impliquant que le meuble reste propre au bénéficiaire.

Du point de vue du passif, la communauté doit supporter les dettes dont les époux étaient tenus avant le mariage et/ou leur échoit par succession ou libéralité selon une fraction qui est proportionnelle à la fraction de l'actif ainsi recueilli (art. 1499 du CC).

b) Clause de prélèvement moyennant indemnité (art. 1511 à 1514 du CC)

Par cette clause les époux conviennent qu'au moment de la dissolution de la communauté (divorce, décès ou changement de régime matrimonial) l'un d'entre eux ou les deux à la fois, auront la faculté de prélever un certain nombre de biens dépendant de la communauté pour se les voir attribuer en propre, à charge bien entendu d'indemniser cette communauté si la valeur de ces biens dépasse la valeur des biens reçus par l'autre époux ou ses héritiers. Il s'agit en fait d'éviter les aléas d'un partage.

c) La clause de préciput (art. 1515 à 1519 du CC)

En cas de décès, l'un des époux sera autorisé à prélever sans indemnité pour la communauté et avant tout partage, plusieurs biens communs, y compris une certaine somme. Il s'agit d'avantager l'un des époux qui pourra prélever gratuitement un ou plusieurs biens, le surplus se partageant par moitié sauf stipulation contraire au contrat de mariage.

Il s'agit d'un avantage matrimonial qui ne peut s'exercer qu'en cas de décès de l'un des époux, ce qui exclu les autres causes de dissolution de la communauté (divorce et séparation de corps).

d) La stipulation de parts inégales (art. 1520 à 1525 du CC)

Les époux peuvent convenir que la communauté sera partagée dans une proportion inégale, voire même qu'elle sera en totalité attribuée à l'un des époux. La seule limite à de telles stipulations est qu'il demeure une certaine proportionnalité entre l'actif reçu et le passif supporté.

e) Communauté universelle (art. 1526 du CC)

Par cette clause de communauté les époux conviennent que la totalité de leurs biens, tant meubles qu'immeubles, présents ou à venir, tomberont en communauté de sorte que les époux ne conservent pratiquement plus de propres, sauf les biens propres par nature de l'article 1404 du code civil (et encore si les époux n'en ont pas stipulé autrement).

Bien entendu, corrélativement la communauté universelle supporte définitivement toutes les dettes des époux présentes et futures.

Bon nombre de couples âgés adoptent ce régime qui présente l'avantage pour l'époux survivant de n'avoir aucune formalité particulière à accomplir puisqu'il n'y a pas de partage de communauté. Ce sont en définitive les héritiers qui sont quelque peu désavantagés puisque le paiement des droits de succession est différé dans le temps jusqu'au décès du conjoint survivant.

Il convient donc de garder une certaine prudence en présence des déclarations d'un emprunteur ou d'une caution invitant un établissement financier à considérer la situation de ses parents dont il a vocation à hériter, puisque, par le jeu de la clause de communauté universelle, le transfert des biens successoraux peut se trouver retardé, ce qui augmente le risque d'une dilapidation du patrimoine considéré.

f) Clause d'administration conjointe (art. 1503 du CC)

Autrefois appelée «clause de main commune» elle a pour but de limiter la possibilité de chacun des époux d'agir

seul et d'engager la communauté puisqu'ils doivent toujours agir conjointement, sauf pour les actes conservatoires.

La clause d'administration conjointe ne fait cependant pas obstacle à ce que l'un des époux contracte seul un engagement de caution. L'engagement de caution n'est pas en effet un acte de disposition entre vifs des biens de communauté mais constitue un engagement purement personnel requérant la capacité de s'obliger (Paris 26 novembre 1991, *JCP* 1992, Ed.N II 379, obs. Ph. Simler).

2. Les régimes de séparation des biens (art. 1536 à 1543 du code civil)

Dans ces régimes, chacun des époux est censé conserver l'administration, la propriété, la jouissance et par conséquent la libre disposition de ses biens personnels, à charge pour lui de rapporter la preuve (et ce par tout moyen) qu'il a la propriété exclusive d'un bien.

La convention matrimoniale peut à cet égard énoncer les présomptions de propriété qui ont bien entendu effet entre les époux mais aussi à l'égard des tiers, la preuve contraire étant admise (art. 1538 du CC).

Ce régime est très souvent adopté lorsqu'au moment du mariage chacun des époux a une situation de fortune personnelle ou encore lorsque l'exercice par l'un des époux d'une activité professionnelle à risques peut entraîner pour le couple, en cas de mauvaises affaires, des conséquences désastreuses pour l'autre conjoint.

Lorsqu'une caution est mariée sous l'un de ces régimes séparatistes, il faut bien évidemment apprécier la qualité de son engagement avec prudence puisque la caution ne pourra être poursuivie que sur les biens dont il sera clairement établi qu'ils appartiennent en propre à l'époux qui a donné sa caution.

Cependant, chaque situation doit être examinée soigneusement et les établissements de crédit créanciers seront bien avisés à l'occasion de poursuites de ne pas s'arrêter à la seule revendication ou déclaration faite par l'époux non débiteur que les biens qui sont saisis ou qui vont faire l'objet de saisie, lui appartiennent.

Bien souvent, en effet, les époux qui ont adopté dès l'origine un régime de séparation des biens créent de fait une situation de confusion de patrimoine et dans ce cas la simple adoption d'un régime de séparation de biens ne suffit pas à les mettre à l'abri de toutes poursuites. D'ailleurs, certains régimes de séparation de biens contiennent des clauses par lesquelles les époux déclarent que même en adoptant en principe un tel régime les biens acquis à titre onéreux pendant le mariage leur seront communs. Il peut donc y avoir une très grande variété de situations.

C'est pourquoi, comme il a été dit plus haut, la communication du contrat de mariage lui-même est indispensable et il ne faut pas se contenter d'extraits d'actes d'état civil faisant état de la convention matrimoniale sans en donner le contenu précis.

3. Le régime de la participation aux acquets (art. 1569 à 1580 du code civil)

Ce régime expressément réglementé par le code civil tient à la fois de la séparation de biens et de la communauté.

Pendant le cours du régime les époux sont soumis à un régime analogue à la séparation de biens et les époux ont en principe une totale indépendance de gestion sur les biens qui leur appartiennent. Cette autonomie est cependant moins grande que dans un régime de séparation de biens pour la raison que sous ce régime, lors de la dissolution, chaque époux va avoir des droits à faire valoir à l'encontre de l'autre dans la mesure de l'accroissement du patrimoine de ce dernier. Lors de la dissolution du régime l'existence d'un patrimoine commun va en quelque sorte resurgir puisque chaque époux va pouvoir demander de participer pour moitié aux acquêts faits par l'autre, les époux pouvant d'ailleurs très bien convenir d'un partage égal ou inégal. C'est la raison pour laquelle, en présence d'une caution mariée sous ce régime, il est prudent là encore d'obtenir la communication du contrat de mariage lui-même. En cas de doute la solution consistera à demander l'engagement de l'autre époux à côté de la première caution pressentie.

C La caution vivant en concubinage

Le concubinage est une situation de plus en plus fréquente. La loi du 15 novembre 1999 a complété le livre I du code civil («les personnes») par un titre XII sur le «Pacte civil de solidarité» et le «concubinage», ce dernier faisant ainsi son entrée officielle dans le code civil.

La loi en donne une définition dans le nouvel article 515-8 : «*Union de fait caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité entre deux personnes de sexe différent ou de même sexe qui vivent en couple*». Mais comme par le passé et en principe, la loi n'attache à l'état de concubinage aucune conséquence juridique (sous réserve bien entendu de la conclusion d'un Pacs).

Il faut donc aujourd'hui distinguer les concubins qui n'ont pas conclu de Pacs et pour lesquels la situation de droit antérieure ne sera pas changée (à quelques nuances près), des concubins qui auront «Pacsé».

Les deux situations ne se superposent d'ailleurs pas complètement car l'on peut imaginer que certaines personnes pourront conclure un Pacs sans pour autant avoir la qualité de «concubin», faute par eux de répondre au critère de stabilité, de continuité et même, pourquoi pas, de vie en couple, critère posé par l'article 515-8.

1. Les concubins qui n'ont pas conclu de Pacs

A priori, la loi nouvelle ne change pas grand chose à leur situation puisqu'aucune conséquence juridique n'est directement attachée à la reconnaissance du concubinage par le code civil. Il est cependant à relever que les personnes du même sexe pourront revendiquer l'état de concubinage, ce qui n'était pas certain auparavant (la plupart des dictionnaires ne définissent le concubinage que par rapport à un homme et une femme vivant en couple). Les mairies acceptaient déjà de délivrer des certificats de concubinage ou des attestations d'union libre. Le nouvel article 515-8 transformera probablement cette pratique en un droit.

Même lorsque la communauté de vie est établie, cette situation entraîne peut-être une communauté pécuniaire mais il n'existe pas, de plein droit, l'équivalent d'un régime matrimonial entre concubins (toujours sous réserve de la conclusion d'un Pacs). La pratique notariale encourageait à faire un simple constat ou inventaire des biens appartenant à l'un ou à l'autre des concubins avant qu'ils ne soient mélangés par leur vie commune.

Lors d'une acquisition faite en commun, les concubins stipulent parfois une clause dite «d'accroissement» ou «tontinière» qui stipule que la part du premier décédé ne reviendra pas à ses héritiers, de sorte que le dernier survivant sera réputé seul propriétaire de la totalité des biens depuis l'origine.

Il y a aussi parfois création de société de fait, mais il faut alors que les éléments habituels soient constatés (voir arrêt de principe de la chambre commerciale du 25 juillet 1949, JCP 1950-Ed.G. II-5798 note Bastian).

Le créancier pourra aussi essayer de prouver qu'il y a une indivision pour certains biens, principalement en matière de meubles car, en matière d'acquisition immobilière, le problème de preuve a peu de chance de se poser (si l'acquisition a été faite en commun il y a indivision et si elle a été faite par un seul concubin, le bien est sa propriété exclusive).

Le créancier peut aussi tenter de faire jouer la théorie d'apparence en prouvant qu'il a pris le faux ménage pour un vrai. Mais il faut que cette croyance soit légitime et ce sera très rarement le cas pour un professionnel du crédit à qui on reprochera toujours de ne pas avoir vérifié l'exactitude de la situation qui lui était présentée.

2. Les concubins qui ont conclu un Pacs

Le Pacs ne concerne pas que les concubins au sens du nouvel article 515.8 du code civil mais il est tout de même fait principalement pour eux puisqu'il s'agit d'organiser «la vie commune», ce qui laisse supposer une vie en couple.

Certaines personnes n'ont pas la possibilité de conclure un Pacs tels que les parents et alliés proches, frères et sœurs, et bien entendu les personnes déjà mariées ou qui ont déjà conclu un Pacs avec une autre personne (liste des exclusions par l'article 515-2 du CC).

Le Pacs est un contrat et c'est en fait une sorte de régime matrimonial d'un formalisme très allégé (pas d'acte notarié, une simple déclaration au greffe avec présentation de la convention suffit). Il n'est pas immuable. À la différence des régimes matrimoniaux, on peut modifier le Pacs ou le remplacer sans contrôle judiciaire. Il peut être révoqué à tout moment par les deux partenaires ou l'un seulement d'entre eux.

La loi laisse une grande liberté aux «partenaires» sous réserve que les stipulations du Pacs ne soient pas contraires à la loi et probablement aux bonnes mœurs. La loi organise simplement un régime minimum. Les partenaires sont censés s'apporter une aide mutuelle et matérielle dont les modalités sont fixées par le contrat. Ils sont tenus à l'égard des tiers solidairement pour les dettes contractées pour les besoins de la vie courante et les dépenses relatives au logement commun (cette notion doit-elle être calquée sur celle de l'article 220 du CC ?).

L'article 515-5 semble imposer aux partenaires que l'obligation d'indiquer s'ils entendent soumettre au régime de l'indivision les meubles «meublants» dont ils vont faire l'acquisition après la conclusion du contrat. À défaut, ces meubles sont réputés indivis par moitié. Il en est de même lorsque la date d'acquisition ne peut être établie. Les autres biens que les meubles meublants sont présumés indivis par moitié, à moins que l'acte d'acquisition n'en dispose autrement (en cas d'acquisition immobilière, il faudra déclarer expressément que le bien restera hors de l'indivision ?).On peut penser que le Pacs légalement conclu et sans fraude sera opposable aux tiers à l'instar des régimes matrimoniaux.

Du point de vue de la preuve, la déclaration de la conclusion d'un contrat sera mentionnée sur un registre tenu au tribunal d'instance et répercutée sur les actes d'état civil, c'est-à-dire sur les registres de naissance. En revanche, le contenu même du contrat reste non publié. Le tribunal d'instance n'en garde pas copie. Il ne fait que viser les deux exemplaires qui doivent lui être présentés. En pratique, cela signifie que le banquier qui voudra recueillir l'engagement de caution d'une personne physique célibataire devra demander la production d'un extrait du registre des naissances récent, et si ce document fait état de la conclusion d'un Pacs, la présentation du contrat lui-même, de manière à déterminer à quel régime obéit le patrimoine de la personne qui s'engage.

La loi nouvelle laisse encore planer beaucoup d'incertitude sur des situations non envisagées. À quel régime par exemple soumettre le patrimoine de la personne «Pacsée» dans l'hypothèse où elle aurait modifié plusieurs fois son Pacs ou en aurait conclu successivement plusieurs entre le moment où les obligations vis-à-vis des tiers auront été contractées et le moment où les poursuites seront engagées ?

II Les règles qui restreignent la mise en œuvre du cautionnement sur le patrimoine du couple

Il en existe de deux sortes. Celles qui ont vocation à s'appliquer quel que soit le régime matrimonial et celles qui ne jouent que dans les régimes communautaires.

A Dispositions restrictives applicables quel que soit le régime matrimonial (art. 215 du code civil)

Il s'agit des droits qui assurent le logement de la famille et sa vie quotidienne. Ces dispositions s'appliquent quel que soit le régime matrimonial adopté par les époux. Elles ont donc une grande importance pratique et doivent par conséquent être connues du prêteur de fonds.

Aucun des époux ne peut sans l'accord de l'autre disposer des droits par lesquels est assuré le logement de la famille, non plus que des meubles meublants dont il est garni. Cela signifie que même si l'époux qui s'engage est seul propriétaire de l'immeuble qui assure le logement de la famille soit parce qu'il s'agit d'un propre dans un régime de communauté soit parce qu'il s'agit d'un bien lui appartenant exclusivement dans un régime de séparation des biens, il ne pourra en disposer sans l'accord et le concours de l'autre époux. Le logement de la famille ne signifie d'ailleurs pas nécessairement le «domicile conjugal». Il se peut que logement de la famille soit assuré dans un autre lieu que celui fixé par les époux pour être leur domicile (Civ. 1re, 22 mars 1972, *JCP* 72 - Ed.N. II - 1782 Bis - note J. A. *Bull. civ*. I, n° 93 p. 82).

L'absence d'accord du conjoint est sanctionnée par la nullité qui peut être demandée par lui dans l'année à partir du jour où il a connaissance de l'acte (sans pouvoir toutefois jamais être demandé plus d'un an après la dissolution du régime matrimonial).

La portée de ce texte est cependant limitée : il signifie simplement que l'un des époux ne peut seul disposer des droits de propriété ou autre sur les biens assurant le logement de la famille. Cela ne veut pas dire pour autant que par les obligations qu'il contracte, il ne peut indirectement engager ces mêmes biens dans la mesure où les créanciers pourront poursuivre sur ces biens le recouvrement de leur créance. Hormis le cas de fraude, les dispositions de l'article 215 doivent être considérées comme inopposables aux créanciers sous peine de frapper les biens d'une insaisissabilité contraire à la Loi (Civ. 1re, 4 juillet 1978, *Dalloz* 1979.479, note Chartier, *JCP* 1980-II-1968 note Labouroux, *Revue trimestrielle de droit civil* 1979–585, observations Person, Paris 20 novembre 1984, *JCP* 1986-II-20584, note Dagot).

La question s'est précisément posée en matière de cautionnement, le plus souvent à l'occasion d'un cautionnement

donné par une personne physique pour garantir les dettes de l'entreprise commerciale qu'elle dirige ou anime.

En souscrivant seul un acte de caution l'époux prend le risque que le créancier ne vienne par la suite prendre une inscription d'hypothèque judiciaire sur le logement de la famille. Il a été jugé qu'en prenant ce risque l'époux ne fait pas un acte de disposition au sens de l'article 215 alinéa 3 du code civil et par conséquent l'engagement qu'il prend est valable et peut parfaitement être poursuivi sur l'immeuble qui sert au logement de la famille (Cass. civ. 1re, 1er juillet 1986, *Bull. civ*. I. n° 591, *JCP* 1986 - Ed.G.IV, 165 et 87). La prise d'une inscription d'hypothèque judiciaire est, en effet, le simple exercice d'une prérogative légale et hors le cas de fraude l'article 215 alinéa 3 ne rend pas insaisissable le logement de la famille (Cass. civ. 1re, 8 janvier 1985, *Bull. civ*. I n° 7, Civ. 1re, 4 octobre 1983, *JCP* 1984, II, 20188, note Chartier, *Gaz. Pal.* 1984.2 445, note Henry, Cass. civ. 1re, 5 février 1985, *JCP ED*. N. 1986.II, 72, note Simler).

Cette fraude susceptible de rendre inopposable à un époux l'acte de cautionnement de son conjoint dans le cadre de l'article 215 alinéa 3, suppose établi un concert frauduleux entre la caution et le créancier (voir supra Cassation civile 1re chambre 1er juillet 1986 précité).

L'article 215 ne peut non plus faire échec à la vente forcée du bien sur demande du syndic après un jugement de liquidation des biens (Cass. civ. 3e chambre, 12 octobre 1977, *Dalloz* 1978, 333, note Chartier). Ce n'est que dans des cas tout à fait exceptionnels que l'article 215 alinéa 3 pourra recevoir application.

Ainsi, par exemple, un époux pour être accepté comme caution, s'était prévalu, à l'insu de son épouse de la propriété d'un bien commun assurant le logement de la famille. La cour d'appel de Paris, approuvée par la Cour de cassation, a estimé que la fraude était ainsi caractérisée et permettait d'annuler l'engagement de caution. (Cas. civ. 1re chambre, 21 juin 1978, D.1979–479, note Chartier ; arrêt rejetant un pourvoi formé contre un arrêt de la cour d'appel de Paris du 15 octobre 1976, *JCP* 1977, II, 18726, note Patarin). Cependant cette solution a été assez vivement critiquée. Peut-être ne s'agissait-il que d'un cas d'espèce très particulier et sans doute une vérification plus précise des conditions de la fraude, notamment la complicité du créancier, aurait conduit à une solution différente.

Il va de soi cependant que la prudence commande de s'assurer du consentement de l'autre époux chaque fois que la caution qui s'engage fait état de biens qui semblent correspondre au logement de la famille.

B Dispositions restrictives applicables dans les régimes communautaires (art. 1415 et 1424 du code civil)

L'article 1415 du code civil qui est une innovation de la loi de 1985 réformant les régimes matrimoniaux, vise très directement le cautionnement. Mais il faut aussi tenir compte des articles 1424 et 1425 du code civil qui subordonnent la validité de certains actes à l'accord des deux époux.

a) L'accord des deux époux est nécessaire pour certains actes (art. 1424 et 1425 du CC)

Les époux ne peuvent, l'un sans l'autre, aliéner ou grever de droits réels les immeubles, fonds de commerce et exploitations dépendant de la communauté, non plus que les droits sociaux non négociables, les meubles corporels dont l'aliénation est soumise à publicité. Cela signifie que chaque fois que la délivrance d'une caution est assortie de garantie réelle, cette garantie ne sera valablement constituée qu'avec l'accord des deux époux. L'article 1415 est d'une manière générale applicable à la caution réelle (Cass. civ.11 avril 1995, *Bull. civ*. I n° 165).

Les dispositions de l'article 1424 du code civil visent les époux en général mais la réforme instituée par la loi de 1985 dont est issu le nouvel article 1424 du code civil, a laissé subsister une disposition spécifique aux commerçants et artisans dont l'époux participe à l'exploitation du fonds. L'article 2 de la loi n° 82 596 du 10 juillet 1982 dispose en effet : «*un artisan ou un commerçant ne peut, sans le consentement exprès de son conjoint lorsque celui-ci participe à son activité professionnelle en qualité de conjoint travaillant dans l'entreprise, aliéner de droits réels les éléments du fonds de commerce ou de l'entreprise artisanale dépendant de la communauté qui, par leur importance ou par leur nature, sont nécessaires à l'exploitation de l'entreprise, ni donner à bail ce fonds de commerce ou ces entreprises artisanales. Il ne peut, sans ce consentement exprès, percevoir les capitaux provenant de telles opérations*».

Ce texte préfigurait en quelque sorte l'article 1424 du code civil dans sa rédaction de 1985, du moins lorsque le conjoint travaillait également dans l'entreprise.

Son maintien laisse subsister cependant une restriction supplémentaire : lorsque les deux conjoints travaillent dans l'entreprise, un seul d'entre eux ne peut aliéner ou grever de droits réels sans le consentement de l'autre, non pas seulement le fonds dans son ensemble mais aussi un élément regardé comme nécessaire à l'exploitation. Ainsi en sera-t-il d'une cession d'un droit de propriété intellectuelle (comme par exemple une marque ou une enseigne) ou encore un matériel d'équipement important (par exemple un four à pain pour un boulanger).

Il résulte donc de ce dernier texte que lorsqu'un commerçant ou un artisan est amené à apporter sa caution assortie d'une garantie donnée sur son outil de travail, il faut vérifier la situation exacte du conjoint par rapport à cette activité professionnelle, faute de quoi la garantie réelle risque d'être inefficace.

Ainsi, chaque fois que la caution donnée par l'un des époux sera assortie de garanties conventionnelles constituées sur les éléments de patrimoine visés à l'article 1424 du code civil ou à l'article 2 de la loi du 10 juillet 1982, le consentement du conjoint est indispensable.

Bien évidemment, pour éviter ultérieurement toute discussion, la prudence commande de recueillir le consentement de l'autre époux sous une forme expresse et écrite. A défaut, l'absence de consentement du conjoint est sanctionnée par l'article 1427 du code civil, c'est-à-dire l'annulation de l'acte passé par l'époux qui a outrepassé ses pouvoirs sur les biens communs (sauf bien entendu ratification a posteriori pourvu que cette ratification exprime bien le consentement voulu par l'article 1424 code civil ou 2 de la loi du 10 juillet 1982).

L'action en nullité est ouverte au conjoint pendant deux années à partir du jour où il a eu connaissance de l'acte, sans pouvoir jamais être intentée plus de deux ans après la dissolution de communauté.

Il est important de souligner que la sanction n'est pas seulement l'inopposabilité de l'acte au conjoint mais sa nullité, et par conséquent cette nullité interfère dans les rapports de l'autre conjoint et de son cocontractant (Civ. 1re, 17 juin 1981, *JCP* 1982-2 19.809, note Patarin, Civ. 28 mars 1984, *JCP* 1985-II, 20430 note Henry).

Les mêmes règles sont transposables dans le cas de l'article 2 de la loi du 10 juillet 1982 relative aux conjoints commerçants ou artisans.

Enfin, il est admis que l'article 1427 alinéa 2 n'a pas pour effet de priver le conjoint qui aurait omis d'agir en nullité dans le délai de deux ans, d'invoquer cette nullité non à titre principal mais comme moyen de défense contre une demande d'exécution d'un acte passé par l'autre époux. L'exception de nullité peut donc être opposée après l'expiration du délai de deux ans (Civ. 1re, 8 décembre 1981, *Bull. civ*. I n° 366 et 12 juillet 1982, D 1982 540). Il s'agit d'une application du principe selon lequel les exceptions sont perpétuelles même si l'action par voie principale est prescrite (quae temporalia…).

Ainsi, le créancier qui n'aura pas recueilli le consentement de l'autre époux, se trouvera en pratique dans une situation très inconfortable. Même s'il parvient à rapporter la preuve que l'autre époux a connu l'existence de la constitution de la garantie sans son consentement et n'a pas agi en nullité dans le délai de deux ans, il risquera toujours de se voir opposer cette nullité lorsqu'il agira pour réaliser le gage qui avait été donné comme garantie accessoire du cautionnement, accessoire sur le plan juridique mais sans doute essentiel dans la constitution de la garantie recherchée.

b) L'accord des deux époux est nécessaire pour la pleine efficacité du cautionnement (art. 1415 du CC)

On sait que l'article 1415 du code civil (qui concerne également les emprunts), dispose que chacun des époux ne peut engager que ses biens propres et ses revenus par un cautionnement, à moins qu'il n'ait été contracté avec le consentement exprès de l'autre conjoint qui, dans ce cas, n'engage pas ses biens propres.

Le procédé est ici différent des hypothèses envisagées par l'article 1424.

Ici la protection n'est plus assurée par une annulation de l'acte mais par une diminution du patrimoine engagé par l'époux caution. La remise en cause de la validité du cautionnement n'est pas possible, mais l'époux qui s'engage de cette manière n'engage plus que ses biens propres.

Cette restriction de l'article 1415 du code civil a été introduite par le législateur qui avait pris en considération les plaintes d'époux, le plus souvent d'ailleurs d'épouses, qui ne comprenaient pas que l'ensemble du patrimoine du couple soit entraîné dans une tourmente par l'effet d'un cautionnement donné à leur insu.

Aussi la loi prévoit que le conjoint peut consentir au cautionnement sans être lui-même caution et dans cette hypothèse tous les biens communs sont engagés.

Mais en pratique, le résultat a été que les créanciers demandent non seulement que le conjoint intervienne mais se porte lui-même caution, de sorte que l'ensemble des biens se trouve alors engagé.

La jurisprudence a déjà eu l'occasion de donner quelques précisions sur la forme que devait prendre ce consentement : il n'a pas a être donné selon les formes de l'article 1326 du code civil, c'est-à-dire précédé d'une mention manuscrite rappelant la portée de l'engagement (Cass. civ I, 13 novembre 1996, D. 1997 somm. p. 163, obs. Aynes, voir également Mouly *JCP Ed.G* 1955 I n° 3836).

Malgré le terme «exprès» utilisé par l'article 1415, la cour de Paris a jugé que les biens communs étaient engagés par le seul cautionnement de la femme en faveur de la société dont le mari était président (CA Paris 3e ch. 4 novembre 1992, *RJDA* 1993 n° 6 et 551 p. 468).

La jurisprudence a eu également à tirer certaines conséquences de la validité de principe de cautionnement fourni par un seul époux : si les deux époux se sont obligés en qualité de caution, le fait que l'un dénie sa signature est sans incidence sur l'obligation de l'autre (Cass. civ II, 29 janvier 1976, *Bull. civ*. II n° 22, *JCP* 76 Ed.G IV-84).

Il en est de même en cas de dénonciation par l'un des époux de son engagement à durée indéterminée alors que son conjoint n'effectue pas la dénonciation de son propre engagement. Ce dernier reste tenu jusqu'à ce qu'il effectue sa propre dénonciation. Bien entendu, celui qui a dénoncé son engagement reste malgré tout tenu des dettes existantes au jour de sa dénonciation.

En revanche, il a été jugé par la Cour de cassation qu'une caution peut se trouver libérée lorsque son conjoint refuse de signer dès lors que le cautionnement des deux époux avait été envisagé (Cass. com. civ. 28 octobre 1980, *Gaz. Pal.* 1980 Pan p. 80). En l'espèce, la banque a été déboutée des poursuites contre le mari faute d'apporter la preuve que ce dernier n'avait pas subordonné la validité de son engagement à l'existence d'un engagement solidaire de son épouse.

Si l'époux signataire du cautionnement agit également en tant que mandataire de son conjoint, le mandat de cautionner est soumis aux mêmes exigences de mention manuscrite que le cautionnement lui-même car le but de cette mention qui est de protéger la caution, se justifie autant pour le mandat que pour l'acte lui-même (Civ. 1re, 22 novembre 1988, *Bull. civ*. I n° 329 p. 223, D 1989 somm. 289).

L'application dans le temps du nouvel article 1415 a posé un problème. La loi du 23 décembre 1985 est applicable au 1er juillet 1986. Concrètement, on s'est posé la question de savoir si un cautionnement souscrit avant le 1er juillet 1986 engage la communauté alors que la créance garantie n'est pas encore exigible.

La Cour de cassation a répondu que le droit de poursuite des créanciers dont la créance était née à une date antérieure à l'entrée en vigueur de la loi restera déterminé par les dispositions en vigueur à cette date, et précise que la date à laquelle naît la créance à l'égard de la caution est la date à laquelle elle s'engage (Cass. civ. 1re, 14 mai 1991, *JCP* 1992 II 21830, note Le Guidec, *Banque* 1991–868, obs J.-L. Rives-Lange D 1992 somm. Obs. Lucet *RTD Civ*. 1991–772, obs. Banderac).

III Les moyens de faire échec aux éventuelles dispositions prises pour réduire l'efficacité du cautionnement

Le couple peut prendre un certain nombre de mesures qui sont de nature à modifier la consistance de son patrimoine et par conséquent sa saisissabilité du chef de l'époux débiteur. Parfois ces mesures se traduisent par un appauvrissement de façade et il ne s'agit quelque fois que de frauder les droits des créanciers.

Des actions spécifiques sont ouvertes qui sont l'action paulienne (inopposabilité de l'acte critiqué aux créanciers), l'action oblique (le créancier peut agir à la place du débiteur négligent à faire rentrer dans son patrimoine un bien qui le rendrait plus solvable) et éventuellement l'action en déclaration de simulation (inexistence ou requalification de l'acte attaqué).

Une action fondée sur le principe général que la fraude corrompt tout (Fraus omnia corrumpit) est aussi envisageable (Cass. civ. 1re, 4 décembre 1990, *Bull. civ*. .I n° 278 p. 1997).

Il est possible d'établir une liste des mesures les plus fréquemment utilisées et qui peuvent cacher une fraude. Certaines ne peuvent l'être que par un couple marié, les autres ne sont pas spécifiques à l'état de mariage mais il n'est pas inutile de les citer afin d'avoir une vision d'ensemble des fraudes possibles et les moyens de les pallier.

A Le régime matrimonial lui-même

Il s'agit dans la quasi totalité des cas d'un régime de séparation des biens.

A priori, le choix de ce régime admis par la loi ne constitue pas une fraude de la part des époux : il peut répondre au souci légitime de séparer deux patrimoines distincts déjà existants au moment du mariage ou que les époux vont se constituer grâce à leur activité.

Il est bien évident que dans cette hypothèse, en cas de revers de fortune de l'un des époux, les créanciers sont a priori désarmés pour poursuivre sur les biens appartenant à l'autre.

Il est cependant fréquent de rencontrer des situations dans lesquelles c'est l'époux débiteur qui a ou a eu des revenus fort importants provenant de son travail ou de son industrie, alors que les acquisitions de biens de valeur, généralement les acquisitions immobilières, sont faites au nom de l'autre époux, le plus souvent l'épouse qui ne travaille pas et ne peut en réalité justifier d'aucune fortune personnelle lui permettant d'apporter la preuve qu'elle disposait des moyens de faire ces acquisitions.

Le créancier pourra alors tenter de faire établir l'existence d'une fraude, voire même tout simplement que les biens acquis par l'époux non débiteur l'ont été en fait grâce à des deniers fournis par l'époux débiteur, ce qui constitue alors des donations déguisées susceptibles d'être réintégrées dans le patrimoine de l'époux débiteur en nature ou en valeur selon l'option qu'exercera l'époux propriétaire et bénéficiaire de la donation déguisée.

Ainsi, contrairement à une idée largement répandue, un régime de séparation de biens ne met pas l'époux non engagé à l'abri des poursuites des créanciers de son conjoint, chaque fois que la preuve pourra être rapportée d'une confusion de patrimoine, d'une fraude aux droits des créanciers ou tout simplement l'existence d'une donation déguisée.

B Le changement de régime matrimonial

La loi du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux a permis aux époux de modifier, sous contrôle judiciaire, le régime matrimonial adopté alors qu'il était autrefois strictement immuable.

Les époux qui se sentent menacés, notamment par le cautionnement donné par l'un d'entre eux, peuvent avoir la tentation de changer alors de régime matrimonial pour adopter un nouveau régime, à leurs yeux plus protecteur, très généralement un régime de séparation des biens.

Le jugement du tribunal de grande instance qui homologue le changement de régime fait l'objet d'une publicité par extrait dans un journal d'annonces légales du ressort du tribunal saisi.

Les créanciers disposent alors de deux types de recours :

1. La tierce opposition au jugement d'homologation qui permet de demander au tribunal de rapporter ou de modifier sa décision en fonction des arguments et des intérêts que les créanciers peuvent faire valoir. Cette tierce opposition est enfermée dans le délai d'une année à compter de la publicité légale du jugement (art. 1298 du *NCPC*).

2. Attaquer le partage qui fait suite au changement de régime matrimonial lorsqu'il a un caractère frauduleux. Dans ce dernier cas, ce n'est pas le changement de régime matrimonial lui-même qui peut être attaqué mais ses conséquences ce qui, sur le plan pratique, revient à peu près au même. Une telle action présente l'avantage de ne pas être enfermée dans le délai d'un an de la tierce opposition au changement de régime matrimonial.

Bien souvent en effet, si la demande de changement de régime matrimonial a pour but de réaliser une fraude, cette fraude se concrétise à l'occasion du partage. Il en sera ainsi par exemple lorsque tous les biens qui ont une réelle valeur ou qui sont plus facilement saisissables sont placés dans le patrimoine de l'époux qui n'a pas donné la caution (Cass. civ. 1re ch. 17 février 1987, *RTD civ*. 1987 p. 604). Il en serait de même si l'époux qui n'est pas engagé prétendait renoncer à la communauté alors qu'en fait, il serait établi par la suite qu'un certain nombre de biens ont été acquis en son nom au moyen de deniers qui ne pouvaient provenir que de la communauté qui, alors, n'a pas été vraiment partagée.

C Les donations

Il n'est évidemment pas interdit à des époux (comme d'ailleurs à tout célibataire) de procéder à des donations et autres libéralités, sous réserve des droits des futurs héritiers réservataires et du fisc. Mais une donation se traduit par un appauvrissement du patrimoine et elle peut masquer une fraude.

Dès lors qu'ils établissent une fraude ou une présomption de fraude, les créanciers peuvent, d'une façon générale, recourir à l'exercice de l'action paulienne de l'article 1167 du code civil pour faire déclarer en justice que l'acte de donation leur est inopposable. Cette action ne peut être exercée que par les créanciers dont la créance est antérieure à l'acte attaqué (Cass. civ. 20 juin 1849, DP 1850 1 830, Civ. III 4 février 1971 *JCP* 72 II 1680, note Dagot et Spiteri). Cependant, un principe certain de créance suffit (Cass. civ. I 14 juin 1961, *JCP* 1961 IV 113 bull. I n° 132, Cass. civ. III 23 avril 1971, Bull. III n° 255, Civ. I 7 janvier 1987 Bull. I n° Civ. I 13 janvier 1993, *JCP* 1993 II 22027 note Ghestin). Le créancier dont la créance est née postérieurement à la donation mais avant la transcription de l'acte sur les registres de publicité foncière, peut exercer l'action paulienne (Cass. civ. 26 octobre 1942, *JCP* 1943 II 2131 note Becqué). Par ailleurs, l'antériorité de la créance peut être prouvée par tout moyen (Cass. civ. I 11 octobre 1978, *JCP* 1978 IV 339, Bull. I n° 299).

L'antériorité n'est plus requise lorsqu'il a été démontré que la fraude a été organisée à l'avance en vue de porter un préjudice à un créancier futur, ce qui peut être le cas d'une personne qui sait que son cautionnement va être demandé pour une opération en cours de négociation (Cass. Civ. I 15 février 1967, *JCP* 1967 IV p. 45, Civ. I 7 janvier 1982, *JCP* 1982 IV p. 103, Bull.I n° 4). Il convient d'observer qu'une telle action n'aboutit qu'à une inopposabilité aux créanciers opposants et non à tous les créanciers car il n'y a pas de nullité «erga omnes». Ainsi, certains créanciers pourront bénéficier de l'inopposabilité et d'autres pas.

Enfin, d'une façon générale, il faut savoir que les tribunaux se montrent assez favorables à de telles demandes dès lors que l'on peut déduire des circonstances la connaissance

et la conscience par la caution de ses obligations au moment de la donation.

On rappellera que pour les actes de mutation à titre gratuit, la bonne ou mauvaise foi du donataire est indifférente et ne constitue pas un obstacle à la déclaration d'inopposabilité.

D La renonciation à un enrichissement

La caution qui se sait poursuivie ou sur le point d'être poursuivie, peut être tentée de ne pas accroître son patrimoine, par exemple en renonçant à une succession ou encore en négligeant de former une demande en réduction de legs qui vide à son préjudice l'essentiel du contenu de la succession attendue (Cass. civ. I 7 novembre 1984, *Bull. civ*. I n° 298).

Le banquier créancier peut être autorisé à accepter la succession et à demander la réduction du legs sur la base de l'article 788 du code civil.

La question de savoir si les créanciers peuvent attaquer la renonciation par le bénéficiaire à une donation ne semble pas avoir donné lieu à des décisions de jurisprudence mais on peut penser que la même solution que celle qui est retenue pour la renonciation à une succession doit être adoptée.

E L'indivision

Il se peut que la caution ait une partie, voire la totalité de son patrimoine en indivision.

Cette indivision peut résulter de l'ouverture d'une succession, d'une convention d'indivision portant sur certains biens ou encore plus simplement l'achat en commun d'un bien par des époux mariés sous un régime de séparation de biens. Dans ces hypothèses, le débiteur est donc solvable mais il n'a pas la propriété exclusive de certains biens, de sorte que le créancier ne peut les saisir.

L'article 815-17 du code civil précise que les créanciers personnels d'un indivisaire ne peuvent saisir sa part dans les biens indivis, meubles et immeubles. Une caution qui se sait poursuivie ou sur le point d'être poursuivie, peut de ce fait trouver avantage à rester en indivision puisque les droits qu'elle possède sur certains biens ne pourront faire l'objet de poursuites. Cette attitude ne peut être taxée de fraude mais elle est néanmoins préjudiciable pour le créancier. Aussi l'article 815-17 prévoit que les créanciers ont la faculté de provoquer le partage au nom de leur débiteur. Le ou les co-indivisaires non débiteurs peuvent arrêter le cours de l'action en partage en acquittant l'obligation au nom du débiteur.

C'est la grande différence avec la communauté conjugale. Il n'est pas possible d'obtenir le partage de la communauté, laquelle demeure tant que les époux sont mariés. Seul le divorce, la séparation de corps, le décès ou un changement de régime matrimonial conduit à une dissolution de la communauté. Le créancier qui bénéficierait du cautionnement de l'un des époux seulement sans l'accord de l'autre pour engager la communauté, verra donc ses droits de poursuite strictement limités aux biens propres de la caution.

F Le partage

La cessation de l'indivision et de la communauté conjugale se traduit par un partage des biens dépendant de l'indivision ou dépendant de la communauté. C'est donc une situation inverse de la précédente et par conséquent, a priori, le créancier pourra saisir directement la masse de biens mis dans le lot de son débiteur.

Mais il est possible que les opérations de partage ne cachent en réalité une fraude. La caution qui se sait poursuivie peut chercher à se rendre insolvable ou moins solvable, en faisant en sorte que les biens qui lui seront attribués soient de moindre valeur ou plus difficilement saisissables, voire entièrement dissimulables.

Le créancier a donc la possibilité d'attaquer les opérations de partage sur le fondement de l'article 1167 du code civil, c'est-à-dire l'action paulienne pour fraude.

Toutefois, l'alinéa 2 de l'article 1167 apporte une restriction puisque le créancier doit alors respecter les règles du code civil qui concernent les successions et les régimes matrimoniaux. Ainsi par exemple, l'article 882 donne aux créanciers le droit de participer aux opérations de partage avant qu'elles ne soient définitivement terminées.

Si les opérations de partage sont terminées, ils ne peuvent plus les attaquer, hors le cas où il y aurait été procédé sans eux au préjudice d'une opposition qu'ils auraient formée.

Encore faut-il également que les opérations de partage n'aient pas été faites précipitamment ou, selon l'expression utilisée par certaines décisions, avec une «précipitation calculée» justement pour faire échec aux droits des créanciers (Cass. civ. I 16 juin 1981 IV 313 *Bull. civ*. I n° 212 p. 174 n° 6, CA Paris 15e ch. 2 décembre 1985, *Jurisdata* n° 27583, Lyon 1re ch. 3 décembre 1980, D.1981 IR p. 349, obs Vasseur, CA Poitiers ch. civ. section 1, 19 mai 1993, *Jurisdata* 046078).

Les opérations de partage peuvent d'ailleurs cacher une donation pure et simple.

Elles peuvent donc être attaquées sur le fondement de l'action paulienne à condition d'établir l'existence d'une fraude, mais elles peuvent l'être aussi par une action en déclaration de simulation. L'action en déclaration de simulation se distingue de l'action paulienne en ce qu'elle tend à détruire un acte fictif sans existence réelle alors que l'action paulienne tend à détruire une situation juridique qui est bien réelle mais frauduleuse.

A ce titre, l'action en simulation ne requiert pas la preuve de l'existence d'une fraude (Cass. civ. 17 février 1967 D 1967 p. 278) ou même d'une intention de nuire (Cass. civ. II 14 décembre 1983 *RTDC* 1985 p. 369, obs. Mestre). Le créancier n'a même pas besoin de justifier de l'existence d'un titre de créance antérieur à l'acte simulé (Cass. civ. 2 avril 1924, D 1926 I p. 31, Civ. 1er avril 1927 *Gaz. Pal.* 1927 II p. 163).

G Dispositions rendant plus difficile l'exercice des poursuites sur certains biens

La caution qui se sent menacée de poursuites peut imaginer non pas de s'appauvrir vraiment, mais de rendre une partie de son patrimoine plus difficilement saisissable.

On en donnera quelques exemples :

a) Apports en société

L'apport d'un immeuble à une société civile immobilière est considéré comme un acte d'appauvrissement du débiteur qui éventuellement rend possible l'action paulienne, bien qu'il n'y ait pas, en théorie, de véritable appauvrissement puisque l'apporteur reçoit des parts d'associé représentatives de l'immeuble et par conséquent de valeur équivalente.

La jurisprudence considère cependant que des parts sociales ont une moindre valeur que l'immeuble lui-même parce qu'elles sont plus difficiles à réaliser, sauf bien entendu

s'il apparaît que de toute façon et à l'évidence les parts sociales ont une valeur bien supérieure au montant de la créance (Bordeaux 23 juin 1983, *Jurisdata* 41.246, Cass. civ. 1re ch. 21 juillet 1987, *Bull. civ*. I n° 231 p. 169, *Banque* 1987 n° 477 page 1096, obs Rives-Lange).

L'idée que les parts sociales sont plus faciles à dissimuler est également retenue (Cass. com. 19 avril 1972, *Bull. civ*. IV n° 112).

L'acquisition d'un immeuble par une société civile qui n'en a pas les moyens, peut donner prise à une action en déclaration de simulation et de fictivité de la société permettant d'atteindre directement les porteurs de parts (TGI Paris 2e ch. 2e sect. 16 octobre 1997, *Revue de jurisprudence commerciale* septembre 1998 n° 1512).

b) Baux consentis au conjoint

La conclusion d'un bail dans certaines conditions peut réduire la valeur de l'immeuble.

Ainsi en est-il par exemple du gérant caution d'une société civile agricole qui donne tous les immeubles de la société en bail à ferme pour 18 ans à son épouse (Cass. civ. I, 15 octobre 1980 *Bull. civ*. I n° 257), n° 257 p. 205, D 1981 IR p. 348, obs. Vasseur).

Il en serait de même a fortiori de la conclusion d'un bail emphytéotique (Cass. civ. 10 mai 1984, *Bull. civ*. I n° 150, *RTD civ*. 1985 p. 175, obs Mestre). La conclusion de tels baux peut être attaquée sur le fondement de l'action paulienne.

c) Ventes. Cessions de parts sociales. Vente en contrepartie d'une rente viagère. Transaction. Dation en paiement

Tous ces actes peuvent être attaqués sur le fondement de l'article 1167, qu'il s'agisse d'un acte unilatéral ou conventionnel à titre onéreux ou gratuit, créateur translatif ou extinctif de droits.

On rappellera qu'il faut et qu'il suffit que le créancier ait une créance antérieure à l'acte attaqué. Il n'est pas nécessaire d'établir que les débiteurs ont connaissance des poursuites exercées (Cass. civ. 29 mai 1985, *Bull. civ*. I n° 163, *RTCD civ*. 1986 p. 101, obs. Mestre). A cet égard, on rappellera que l'obligation de la caution naît du jour de son engagement même si la créance sur le débiteur principal n'est pas encore exigible.

La jurisprudence donne de nombreux exemples d'actes qui ont pu être attaqués pour cause de fraude. Ainsi :

- la vente d'un bien corporel de valeur facilement saisissable qui a pour résultat de substituer des espèces représentatives du prix de cession mais qui sont plus facilement dissimulables (Cass. civ. 3 juin 1975, *Bull. civ*. I n° 191 p. 162, D 1975 IR 186) ;
- la vente d'un fonds de commerce (Cass. com. 1er mars 1994, *Bull. civ*. IV 94 n° 81 p. 63, D 1994 somm. p. 215) ;
- la vente d'un bien immobilier en contrepartie d'une rente viagère (CA Paris 25e ch. B 14 février 1991, *Jurisdata* 022681) ;
- la vente d'un immeuble sans paiement du prix avec réserve au profit du vendeur d'un droit d'usage et d'habitation (CA Metz 30 décembre 1990, *Jurisdata* 051577) ;
- la dation en paiement (Cass. civ. 15 février 1967, *Bull. civ*. I n° 66) ;
- la cession de parts sociales à un prix dérisoire entre parents et enfants (CA Poitiers ch. civ. sect. 2 18 décembre 1993, *Judisdata* 5 mars 1985) ;
- une transaction désavantageuse pour le débiteur (ch. requ. 22 juillet 1902, D. 1902 I p. 399).

* *
*

Il résulte de cette étude que le banquier doit être particulièrement avisé tant au moment de la constitution du cautionnement que de sa mise en œuvre. Cette bonne connaissance du droit doit bien entendu s'accompagner d'une bonne connaissance, et d'une connaissance exacte, de la situation de la caution au point de vue matrimonial et patrimonial. Les approximations doivent être proscrites si l'on veut que le cautionnement ait sa pleine efficacité.

Il faut éviter de se contenter des simples déclarations des intéressés qui peuvent être inexactes, que ce soit volontairement ou involontairement. La prudence commande de se faire justifier de la situation exacte par la production de documents récents et, si nécessaire, de procéder à leur actualisation.

Au moment de la mise en œuvre, le banquier ne devra pas se décourager, en présence de situations créées par la/ou les cautions, pour réduire le droit de gage du créancier sur le patrimoine du couple. Nous avons vu que certaines de ces situations peuvent être détruites avec plus ou moins de difficulté mais la difficulté n'est pas une raison pour renoncer. ■

(1) Le concubinage est devenu le mode de première union pour deux français sur trois, principalement chez les jeunes. Selon l'INSEE, il y aurait eu 1,7 million de couples vivant en concubinage en 1990 et 2,2 en 1996 alors qu'ils étaient 300 000 en 1960. Le nombre des mariages a au contraire baissé (environ 400 000 par an en 1970 pour environ 250 000 actuellement).

(2) Les principes résident dans l'article 3 du code civil et dans la jurisprudence qui en découle.
Les Français résidant à l'étranger sont en principe soumis à la loi française en ce qui concerne l'état et la capacité des personnes (art. 3 alinéa 3 du code civil).
En ce qui concerne les régimes matrimoniaux, la loi applicable au règlement des intérêts patrimoniaux des époux et par conséquent au régime matrimonial se détermine en recherchant le statut que les parties ont eu la volonté d'adopter d'après les circonstances de fait en tenant compte de la présomption en faveur de la loi du premier domicile matrimonial sous réserve que les époux n'aient pas manifesté une volonté commune contraire qui serait déduite des circonstances ou qui résulterait de leur volonté expresse.
Il appartient donc au juge du fond de déterminer souverainement d'après les circonstances concomitantes ou postérieures au mariage, le lieu où les époux ont eu, lors du mariage, la volonté de localiser leurs intérêts pécuniaires et dont la loi régira alors les intérêts (Cass. civ. 1re chambre, 12 janvier 1982, Bull. civ. I n° 13, *Defrenois* 1984. 242, note Revillard).
Il convient donc en présence d'époux étrangers, d'époux français mariés à l'étranger, ou d'époux dont un est français et l'autre étranger, ou encore plus généralement d'époux étrangers de nationalité différente, de savoir si, par une déclaration expresse, ils ont entendu soumettre leurs intérêts patrimoniaux à la loi française ou à une loi étrangère. A défaut de documents établissant un choix exprès, il conviendra de recourir à tous les éléments de fait qui permettront de déterminer à quelle loi ils ont entendu soumettre leurs intérêts patrimoniaux en tenant compte au premier chef de la loi du premier domicile conjugal.

(3) Pour les ressortissants de ces territoires à partir du 1er janvier 1900 les régimes matrimoniaux résultant du code civil allemand ont été substitués aux régimes matrimoniaux français existant à l'époque.