



Le cautionnement hypothécaire donné par un époux auprès d'une banque

Damien VIGUIER
Montcerisier & Associés

Ce titre est en vérité à la fois trop étroit, trop large et trop concret pour notre thème¹. Il ne s'agit pas seulement de cautionnement hypothécaire, mais encore de cautionnement tout court, et même plus largement de constitution de garanties. Et surtout il est question également d'emprunts. Voilà pour les actes. Quant aux acteurs, il s'agit bien d'époux, mais plus précisément d'époux mariés sous le régime de la communauté (parce que ce sont les biens communs qui posent problème), et s'il s'agit de banque c'est simplement parce qu'en pratique le créancier est souvent une banque.

Voici le cas. Une personne contracte donc un emprunt ou se porte caution personnelle ou réelle envers une banque. Souvent en pratique il s'agit d'un dirigeant social qui cautionne ainsi personnellement les dettes de sa société envers le banquier. Le problème provient de ce que le bien saisi par le banquier est un bien commun. Sous le régime de communauté la personne voit son patrimoine scindé en deux types de masses : dans l'une figurent ses propres, dans l'autre les communs. Or, si l'on saisit un bien commun, l'autre époux est en cause. Et c'est pour avoir négligé sa présence et son rôle que la banque pourra perdre toute possibilité de poursuivre le bien commun.

Le texte opposé en jurisprudence au banquier qui avait cru se constituer une garantie fiable, c'est l'article 1415 du Code civil, dans la version qui résulte actuellement de la loi de 1985 :

Chacun des époux ne peut engager que ses biens propres et ses revenus, par un cautionnement ou un emprunt, à moins que ceux-ci n'aient été contractés avec le consentement exprès de l'autre conjoint qui, dans ce cas, n'engage pas ses biens propres.

L'on y trouve un principe et une réserve. Le principe est le suivant : aucun époux ne peut engager les biens communs... La réserve tient au *consentement exprès* de l'autre. Et c'est cette notion que nous voudrions creuser un peu par l'évocation de quelques cas jurisprudentiels qui montrent bien qu'en l'occurrence les banques et les notaires ont pu manquer d'attention quant au formalisme et même au ritualisme du droit matrimonial, alors qu'il s'agit visiblement du mécanisme de l'*auctoritas*, dans lequel André Magdelain voyait « une idée mère de la pensée romaine ».

¹ Cette note fait suite à une intervention que j'ai faite dans le cadre du Club Patrimoine, aux Salons Hoche, le 17 avril 2008, sur invitation de Patrimoine Management & Associés (que Jean-Pierre Corbel et Mathias Herbaux en soient ici remerciés) devant un parterre qui réunissait avocats, notaires et non-juristes. Cette note succincte n'est que le compte-rendu de mon bref exposé, mais avec les indications jurisprudentielles et doctrinales que certains m'ont demandé de leur indiquer ensuite. Mon idée était de saisir cette occasion d'évoquer une casuistique pointue sur laquelle j'ébauche actuellement une recherche.

Ceci étant, cette idée d'*auctoritas*, au lointain passé et à la riche histoire, dont le domaine est très vaste (pensons au droit des sociétés et à la tutelle, pour ne rien dire du droit public et du droit constitutionnel) reste un mystère juridique. C'est bien ce qui démontrent les cas que nous allons évoquer. Et c'est bien ce pourquoi aussi nous les évoquons, parce qu'une compréhension juridique précise et exacte des choses ne peut se passer d'emprunter le chemin, escarpé sans doute, de l'approche casuistique.

Voici d'abord deux cas, pris parmi les moins complexes.

Civ. 1, 19 nov. 2002 (rejet)². En juillet 1990 une personne contracte seule un emprunt auprès d'une banque. Moins de trois mois plus tard son conjoint donne son accord exprès pour « l'affectation hypothécaire de l'immeuble commun ». La question ne portait pas directement sur l'hypothèque mais sur le point de savoir si les biens communs dans leur ensemble étaient engagés *par l'emprunt*. Cela dépendait du *consentement exprès* de l'épouse à cet emprunt. Avait-elle consenti ? La banque disait oui : par son accord à l'hypothèque l'épouse avait manifesté son consentement. La Cour de cassation répond non.

Civ. 1, 14 mars 2006 (cassation)³. Dans cette seconde affaire les faits ne sont pas des plus clairs. En 1992 deux époux souscrivent chacun des cautionnements. Ceux de l'époux n'étaient semble-t-il pas valables. Mais la question était de savoir si ceux de l'épouse avaient bien été passés avec le consentement de son conjoint, de sorte que la communauté soit engagée. La Cour d'appel de Montpellier (26 mars 2002) avait retenu le consentement exprès du conjoint parce qu'il avait signé les actes de cautionnement et les contrats de prêts « alors qu'aucune autre raison ne pouvait justifier qu'il ait signé ces actes ». Est-ce que la signature correspondait au propre cautionnement ou à l'emprunt de l'époux ? Toujours est-il que la Cour de cassation casse cet arrêt pour n'avoir pas « justifié le caractère exprès du consentement que l'époux avait donné à l'engagement de caution de son époux ».

Voici encore deux cas, plus difficiles mais plus parlants.

Civ. 1, 8 mars 2005 (cassation)⁴. En mai 1993 deux époux se portent chacun caution solidaire des dettes de leur société envers une banque. A dix jours d'intervalle. La femme, au surplus, donne en nantissement des biens communs. La question portait sur l'engagement des biens communs par l'un et l'autre cautionnement. La Cour d'appel, retenant le raisonnement de la banque, avait écarté l'application de l'article 1415. Elle énonçait que « si, sur chacun des actes des 3 et 13 mai, le consentement de l'autre conjoint n'est pas recueilli », il s'agissait pour chaque époux de cautionner la même dette. La Cour de cassation censure cette décision parce que les juges du fond n'ont pas « relevé une approbation par les époux de leurs engagements réciproques de cautionnement personnel souscrit par actes séparés en garantie d'une même dette ». Autrement dit, il aurait fallu que, le 3 mai, l'épouse exprime son consentement à l'acte de son époux ; et que le 13 mai, ce dernier exprime à son tour son consentement à l'engagement de celle-ci. Mais la mention « par actes séparés » est une indication.

² Pourvoi n°00-16683, *Dalloz* 2002, pp. 3290-3291, note C. Barberot.

³ Pourvoi n°02-16555.

⁴ Pourvoi n°01-12734, BC 2005 I, n°115, p. 99.

Civ. 1, 15 mai 2002 (rejet)⁵. En 1994 une banque obtient le nantissement de titres (valeurs mobilières, PEA) de la part de deux époux. Ces titres sont communs. Les nantisements ont lieu le même jour, pour la même dette et sur le même bien. Y a-t-il alors consentement exprès conformément à l'article 1415 ? La banque pensait que la preuve du consentement était dans les circonstances de la cause. La Cour d'appel et la Cour de cassation lui donnent tort. Dans l'un et l'autre nantissement « consenti unilatéralement par chaque époux », il aurait fallu « une mention écrite comportant le consentement exprès de l'autre ». Autrement dit, la volonté de chacun d'engager par devers lui les biens communs ne suffit pas à consentir à ce que l'autre les engage. Chacun aurait dû se porter *auctor* de l'autre.

Nous terminerons sur un contre-exemple.

Civ. 1, 13 octobre 1999 (rejet)⁶. Deux époux s'étaient chacun porté caution d'un emprunt contracté par leur société. Mais leurs engagements étaient réunis sur le même acte de prêt. Et cela a suffi, semble-t-il⁷, à la Cour pour écarter l'application de l'article 1415⁸.

Personne n'est dupe. Ces arrêts sont animés par des considérations économiques et sociales. Sur la question du consentement exprès entrent en conflit les intérêts contradictoires des banques (protéger leur gage) et des ménages (protéger le patrimoine commun). Mais précisément, les enjeux auraient dû éveiller l'attention des intéressés. Avec l'article 1415 le droit matrimonial fait visiblement appel à la technique de l'*auctoritas*. Cette technique suppose, pour la validité d'un acte, une répartition claire de deux rôles bien distincts, celui d'*actor*, qui décide et qui contracte principalement, et celui d'*auctor*, qui apporte à l'*actor* le complément sans lequel ce dernier est sans pouvoir. Du point de vue de la rigueur du Droit, aucune de ces décisions ne nous surprend. Faute pour les banques (et leurs conseillers) d'avoir en bien des cas fait attention au formalisme et même au ritualisme du droit matrimonial, elles ont perdu du temps, et de l'argent.

⁵ Pourvoi n°00-13527. Arrêt Deliry. *Dalloz* 2002, p. 1780, note C. Barberot ; *Rtd civ.* 2002.604, obs. Liebhaber. Cet arrêt a fait l'objet de beaucoup de commentaires parce qu'il touche aussi (premier moyen) à la question, que par ailleurs nous aborderons en son temps, de savoir si la constitution d'hypothèque pour la dette d'autrui (le cautionnement réel) est visé par l'article 1415. Le second moyen touche bien à l'expression du consentement, à une époque, donc, où le cautionnement réel entrait dans le champs d'application de l'article 1415.

⁶ BC I 1999, n°273, *Defrénois* 2000, p. 784, obs. Champenois ; *Rtd civ.* 2000, p. 393, note Vareilles.

⁷ V. C. Barberot, note précitée sous Civ. 1, 19 nov. 2002, p. 3291, note 2 : « le cautionnement ayant été contracté simultanément par les deux époux, aucun des époux n'a agi seul ».

⁸ Notons bien qu'il n'est pas question d'un consentement exprès, mais d'écarter l'article 1415 (donc l'exigence de ce consentement).