

Régimes de communauté, cautionnement : le consentement prévu à l'article 1415 est dénué de formes ; déductions logiques

Bernard Vareille, Président de l'Université de Limoges ; Membre de l'Observatoire des mutations institutionnelles et juridiques (Limoges)

Concilier les articles 1415 et 1326 du code civil : tel est le délicat exercice auquel se livre un arrêt de la *première chambre civile de la Cour de cassation du 13 novembre 1996* (*Bull. civ. I*, n° 392, *D. 1997.Somm.* 163, obs. L. Aynès<sup>1</sup>, *Defrénois*, 1997.387, mêmes obs. ; *Defrénois*, 1997.812, obs. G. Champenois, *Contrats, conc. consom.* mars 1997, n° 41 et *JCP 1997.éd.N.* 1081, obs. L. Leveneur).

L'article 1415 prévoit que par un cautionnement l'époux commun en biens ne peut engager que ses propres et ses revenus, à moins du consentement exprès de l'autre conjoint, qui, en ce cas, n'engage pas ses propres. On se souvient de la logique de cet article : le cautionnement - comme l'emprunt - est un acte dangereux, à ce point de nature à peser sur l'avenir de toute la famille qu'il est en principe traité comme une initiative individuelle, échappant aux règles ordinaires du passif provisoire, à l'instar d'un engagement qui serait *antérieur* au mariage. Bien que souscrit en mariage, un tel engagement est d'une gravité telle qu'il est pour ainsi dire *détachable* de l'union matrimoniale, et traité comme tel. Seul le consentement du conjoint de la caution vient restaurer un gage normal.

De son côté, l'article 1326 du code civil issu de la loi du 12 juillet 1980, combiné avec l'article 2015 du même code, aboutit à ériger *de facto* en véritable règle de *forme* l'exigence d'une mention manuscrite par laquelle la caution indique en toutes lettres et en chiffres le montant de la somme pour laquelle elle s'engage (V. sur ce point en particulier, en dernier lieu, L. Aynès, obs. *D. 1997.Somm.* 164<sup>2</sup> ; V. aussi l'arrêt célèbre Civ. 1<sup>re</sup>, 15 nov. 1989, *D. 1990.177*, note Ch. Mouly<sup>3</sup>, *JCP 1990.II.21442*, note D. Legeais, *Defrénois*, 1990.441, obs. L. Aynès, *Defrénois*, 1990.741, obs. J.-M. Aubert). Cette formalité est-elle applicable au consentement du conjoint de la caution ?

En l'espèce, le mari s'étant porté caution d'une société, l'épouse a seulement apposé sur l'acte sa propre signature, précédée de la mention « bon pour accord ». A la banque qui prétend inscrire une hypothèque sur un bien commun, les époux objectent que l'acte ne satisfait pas aux exigences de l'article 1326 du code civil. La cour d'appel s'étant laissé convaincre par ce raisonnement, son arrêt est cassé sur le fondement des articles 1326 et 1415 du code civil : « le consentement donné par un époux au cautionnement contracté par son conjoint n'est pas soumis aux exigences du premier de ces textes ». La question de la forme du consentement et ainsi explicitement résolue ; il ne faut pas exclure qu'une question de fond trouve ici également sa solution.

a) Le consentement prévu à l'article 1415 n'est donc pas soumis à la nécessité d'une mention manuscrite. Que le consentement doive être exprès n'implique pas nécessairement de soumettre l'accord à des formules sacramentelles, ni à des formes particulières.

Tout d'abord, le consentement du conjoint de la caution n'a pas à se conformer à l'article 1326, car il est *extérieur* à celui de la caution (V. en ce sens, TGI Lyon, 7 nov. 1995, *D. 1996.270*, note J. Prévault<sup>4</sup>). Il consiste simplement dans l'approbation du cautionnement par autrui. Une chose est de s'engager ; autre chose de consentir à ce que *l'autre* s'engage. Transposable à l'emprunt, cette analyse est cohérente dans un système à trois degrés : soit un seul conjoint cautionne ; soit encore un seul cautionne, mais avec l'accord de l'autre ; soit enfin tous deux se portent caution. A cette gradation correspond un gage qui va *crescendo* : minimum, moyen, maximum.

Il n'est du reste pas certain, ensuite, que le consentement du conjoint de la caution doive être exprimé par écrit. Dans son ensemble, la doctrine admet que le consentement exprès exigé par l'article 1415 s'entend d'un accord donné à l'opération considérée, et non d'une autorisation générale (V. en ce sens A. Colomer, *Régimes matrimoniaux*, 8<sup>e</sup> éd. n° 846 ; J. Flour et G. Champenois, *Les régimes matrimoniaux*, n° 460 ; Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les régimes matrimoniaux*, n° 515). En pratique, il est malgré tout préférable que le consentement résulte d'un écrit, pour d'évidentes raisons de preuve (V. A. Rieg, F. Lotz et Ph. Rieg, *Technique des régimes matrimoniaux*, 3<sup>e</sup> éd. n° 281-3 *in fine* et note 5) ; mais on peut admettre que la présence approbatrice du conjoint au moment de la signature du contrat suffit à exprimer son consentement.

b) Au-delà, c'est quand au fond des choses la délicate question de l'étendue précise du gage des créanciers, dans son degré moyen, qui est indirectement en question.

On s'est demandé en effet comment interpréter l'article 1415, dans sa dernière disposition, qui prévoit que par son consentement le conjoint de la caution « n'engage pas ses biens propres ». De ce qu'il n'engage pas ses biens propres, faut-il déduire *a contrario* qu'il engage tous ses biens communs, y compris ses gains et salaires ? Doit-on conclure à l'inverse que le consentement restaure le gage de droit commun, c'est-à-dire expose la communauté *sauf* les gains et salaires ? La doctrine est partagée (V. pour la première opinion, G. Cornu, *Les régimes matrimoniaux*, 7<sup>e</sup> éd. p. 402 ; pour la seconde : A. Colomer, *op. cit.* n° 848, Ph. Malaurie et L. Aynès, *op. cit.* n° 515 ; dans le même sens, bien que plus nuancés : J. Flour et G. Champenois, *op. cit.* n° 460 ; F. Terré et Ph. Simler, *op. cit.* n° 423 et note 3, p. 312). En vérité, les arguments ne manquent pas en faveur de l'exclusion de gains et salaires. Acte grave, le cautionnement par un époux seul ne doit pas peser sur l'avenir de la famille ; ce raisonnement conduit à sauvegarder la communauté, hors les gains et salaires de la caution. Que le conjoint de la caution donne son accord à l'opération, et cela vaut *autorisation* de mettre en jeu la communauté *dans les conditions du droit commun* ; par conséquent, il paraît logique de considérer que c'est le crédit de droit commun qui se trouve ainsi rétabli, autrement dit l'engagement provisoire par l'autre de ce qu'il a pouvoir d'administrer.

Ce point de vue est soutenu par l'arrêt commenté, qui peut sembler abonder dans son sens de façon implicite. Raisonsons. En fait de régimes matrimoniaux, il y a une étroite corrélation entre le passif provisoire et les pouvoirs de gestion, ce qui est une façon de dire que l'on engage en général seulement ce que l'on gère. Or la Cour de cassation décide ici que le conjoint de la caution n'est pas personnellement engagé, lui qui a seul pouvoir de gérer ses gains et salaires. Donc la Cour paraît admettre que les gains et salaires de ce conjoint sont soustraits au gage des créanciers de la caution dès l'instant qu'il y a simple consentement au cautionnement par l'autre époux (V. une opinion comparable bien que plus prudente sous la plume de M. Aynès, obs. préc. et de M. Champenois, obs. préc.). A qui se demanderait si ce raisonnement à rebours est un irréprochable syllogisme ou un trompeur enthymème, on conseillera de se reporter à la définition de la pirouette...

**Mots clés :**

CAUTIONNEMENT \* Engagement \* Epoux \* Bien commun \* Consentement \* Forme  
COMMUNAUTE ENTRE EPOUX \* Gestion \* Cautionnement \* Consentement \* Forme